



cofolaconference

for young lawyers

Úvodní strana
Homepage

Plný text sborníku
Conference proceedings

Příspěvky
Contributions

COFOLA 2011

Sborník příspěvků z mezinárodní konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity
29.4. - 1.5. 2011 v Brně

The conference proceedings

Tento sborník je podporován rektorem MU dle programu: Podpora studentských projektů na MU (specifický výzkum, program rektora) - Kategorie B - Projekty organizace studentských vědeckých konferencí.

Editoři: Eva Žatecká, Lucia Kováčová, Jan Horecký, Vojtěch Vomáčka

Seznam recenzentů

Vydala Masarykova univerzita roku 2011

Spisy Právnické fakulty MU č. 390 (řada teoretická)

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

Zhotovitel: Tribun EU s.r.o., Cejl 32, Brno

1. vydání, 2011

ISBN 978-80-210-5582-7

GENERAL PARTNER



MAIN PARTNERS



Mališ Nevrla Legal
Advokátní kancelář s právnickou firmou

PARTNERS



ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS

IURIDICA

No 390

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY
MASARYKOVY UNIVERZITY V BRNĚ

řada teoretická
Svazek č. 390

Cofola 2011

The Conference Proceedings

Eds:
Eva Žatecká
Lucia Kováčová
Jan Horecký
Vojtěch Omáčka

Tento sborník je podporován rektorem MU dle programu: Podpora studentských projektů na MU (specifický výzkum, program rektora) - Kategorie B - Projekty organizace studentských vědeckých konferencí.

Masarykova univerzita
Brno, 2011

© 2011 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-5582-7

OBSAH

Dobré mravy a dobrá víra v právu

1.	Kristína BALÍŠOVÁ , Slovensko	
	Dobré mravy v kontexte československého právního poriadku	str. 8
2.	Radovan DÁVID , Česká republika	
	Dobrá víra třetí osoby v exekučním řízení	str. 21
3.	Eva DOBROVOLNÁ , Česká republika	
	Úloha dobré víry a dobrých mravů ve spotřebitelském právu	str. 25
4.	Lenka DOUBRAVOVÁ , Česká republika	
	Dobré mravy a dobrá víra v závazkových vztazích	str. 34
5.	Miroslav FRÝDEK , Česká republika	
	Dobrá víra v kontrakčním procesu	str. 39
6.	Libor HOLÝ , Česká republika	
	Dobré mravy v procesu uznávání a výkonu cizích exekučních titulů v rámci jurisdikce České republiky	str. 47
7.	Jan HORECKÝ , Česká republika	
	Kategorie dobrých mravů a její dopad na oblast pracovního práva	str. 57
8.	Miloslav HRDLÍČKA , Česká republika	
	Dobré mravy a dobrá víra při uzavírání distančních smluv - vybrané problémy	str. 70
9.	Gyula KOI , Maďarsko	
	Good manners and good faith as a problem of Civil Service Ethics	str. 79
10.	Radim KOSTÍK , Česká republika	
	Dobrá víra a zápisy v katastru nemovitostí	str. 85
11.	Ingrid KOVÁŘOVÁ KOCHOVÁ , Česká republika	
	Aplikace § 3 odst. 1 o.z. v rámci civilního soudního řízení	str. 98
12.	Jana LOJKOVÁ , Česká republika	
	Dobré mravy vs. smluvní volnost v oblasti léčby neplodnosti	str. 113
13.	Lenka MALÁROVÁ , Česká republika	
	Zásada "bonae fidei" a institut nabytí věci od nevlastníka v Příručce práva městského Jana z Gelnhausenu	str. 130
14.	Peter MIKLUŠIČÁK , Slovensko	
	Dobré mravy v historickom kontexte	str. 138
15.	Alica OBERTOVÁ , Česká republika	
	Dobrá víra z pohledu rozhodnutí velkého senátu občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu	str. 146
16.	Alena POKORNÁ , Česká republika	
	Nabytí obchodního podílu v dobré víře v právní úpravě německé GmbH	str. 156
17.	Marián ROZBORA , Česká republika	
	Kategorie rozumnosti: dobrá víra nebo dobré mravy?	str. 162
18.	Lenka ŘEHULOVÁ , Česká republika	
	Dobré mravy a vrácení daru dle ustanovení §630 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník	str. 173
19.	Monika SCHÖN , Česká republika	
	Dobré mravy jako korektiv ujednání ve smlouvách uzavíraných mezi manžely a v předmanželských smlouvách	str. 186
20.	Michala SOROKOVÁ , Česká republika	
	Povinnost jednání v dobré víře v předmluvním stádiu kontraktace	str. 200
21.	Ivana STARÁ , Česká republika	
	Dobrá víra jako předpoklad vydržení v římském právu a její úprava v novém občanském zákoníku	str. 212
22.	Jaromír TAUCHEN , Česká republika	
	Doložky veřejného blaha a neurčité právní pojmy v nacistickém smluvním právu	str. 220
23.	Martin TURČAN , Slovensko	
	Dobré mravy a judeo-kresťanská tradícia	str. 244

24.	Jana VOLKOVÁ, Česká republika Otázka dobrých mravů v souvislosti s žalobami wrongful life a wrongful birth	str. 255
25.	Jiří ZEMAN, Česká republika Dobré mravy - jejich úloha dnešním světě	str. 264
26.	Dominik ŽENATÝ, Česká republika Dobré mravy v pracovním právu v kontextu rozhodčího řízení	str. 273

Mezinárodní normotvorba

1.	Daniel BACHO, Česká republika Normotvorba v Evropské unii a demokracie	str. 277
2.	Jaroslav BENÁK, Česká republika Postavení stabilizačních doložek v českém právu	str. 288
3.	Igor BLAHUŠIAK, Česká republika Niekoľko poznámok k aktuálnym problémom legislatívy EÚ	str. 293
4.	Lucie BOLEDOVIČOVÁ, Česká republika Trestněprávní alternativy v právních nástrojích OSN a Rady Evropy	str. 308
5.	Martin CEMPÍREK, Česká republika Evropská dohoda o mezinárodní silniční přepravě nebezpečných věcí ADR a její další možný vývoj	str. 325
6.	Ivan CISÁR, Slovensko OECD multinational enterprises guidelines and their enforcement mechanism	str. 332
7.	Jan ČADÍLEK, Česká republika Evropská normotvorba v oblasti přeměn společností	str. 342
8.	Filip ČERNÝ, Česká republika Precedent v investičním rozhodčím řízení	str. 353
9.	Martin DAŇKO, Slovensko Buducnosť Spoločného referenčného rámca	str. 366
10.	Jana FILIPOVÁ, Česká republika Dopady vybraných mezinárodních úmluv do českého azylového práva	str. 372
11.	Radek FRÖHLICH, Česká republika Odůvodnění legislativních aktů Evropské unie	str. 388
12.	Hana HALADOVÁ, Česká republika Habitual residence in Brussels II bis	str. 395
13.	Slavomír HALLA, Česká republika Creeping consensus on the extension of arbitration clauses in international commercial arbitration?	str. 399
14.	Libor HAVELKA, Česká republika Striktní požadavek transpozice směrnic EU	str. 411
15.	Jan HAVLÍČEK, Česká republika Forum necessitatis v nařízení Brusel I	str. 418
16.	Vladimír HORNACEK, Slovensko Je možné zjednotiť dôchodkový systém v Európe?	str. 428
17.	Veronika HRADILOVÁ, Česká republika Mezinárodněprocesní vztahy mezi Českou republikou a Čínskou lidovou republikou	str. 440
18.	Linda JANKŮ, Česká republika Právní základ zřízení Zvláštního tribunálu pro Libanon	str. 457
19.	Roman KALIŠ, Česká republika Mezinárodní minimální standard zacházení s mezinárodní investicí	str. 470
20.	Jana KOMENDOVÁ, Česká republika Vznik mezinárodní normotvorný v oblasti pracovního práva	str. 481
21.	Peter KOTIRA, Slovensko Systém "Rolled up holiday pay" – obchádzanie práva na dovolenku	str. 491

22.	Lucia KOVÁČOVÁ, Jaroslav KRÁLÍČEK, Česká republika Uznání a výkon rozhodnutí ve světle probíhající revize nařízení Brusel I	str. 504
23.	Michal KOZIEL, Česká republika Srovnání českých a evropských rozpočtových pravidel	str. 516
24.	Tereza KYSELOVSKÁ, Klára SVOBODOVÁ, Česká republika Osobní působnost nařízení Brusel I ve světle probíhající revize	str. 526
25.	Jan LHOTSKÝ, Česká republika Specifika regionální ochrany lidských práv: Africký soud pro lidská práva a práva národů	str. 550
26.	Katarzyna MARKIEWICZ, Polsko Between market and regulators, changes in banking regulation on example of mortgage in Poland	str. 562
27.	Buliga MIRELA VIOLETA, Rumunsko Dezvoltarea (crearea) dreptului fiscal international	str. 574
28.	Tomáš MORAVEC, Česká republika Evropské nařízení o úpadku - koncernová insolvence	str. 587
29.	Petra MRKVOVÁ, Česká republika Unifikace mezinárodního práva soukromého v Latinské Americe	str. 601
30.	Lucie NECHVÁTALOVÁ, Česká republika Rezoluce Rady bezpečnosti OSN č. 1297(1999) aneb světlavý boj OSN proti mezinárodnímu terorismu	str. 609
31.	Jaroslav NEKUDA, Česká republika Role obyčejového práva v systému mezinárodního práva veřejného	str. 619
32.	Kristýna ONDROVÁ, Česká republika Judikatura Soudního dvora EU jako zdroj změn v přímém zdanění	str. 630
33.	Peter PAVLOVIČ, Česká republika Diplomatická ochrana apolitov a utečencov : Progresívny rozvoj medzinárodného práva ako brzda kodifikačného úsilia?	str. 640
34.	Svetlana SOEANÍKOVÁ, Slovensko Trestná politika po vstupe do Shengenu	str. 649
35.	Voislav STOJANOVSKI, Česká republika Overview of adopted and proposed legislation regarding pre-trial detention in Europe	str. 669
36.	Tomáš STOLINA, Česká republika Přijímání rezolucí Rady bezpečnosti ve světle Libyjské krize	str. 683
37.	Jaroslav STRÁNSKÝ, Česká republika Východiska a základní pravidla normotvorné činnosti Mezinárodní organizace práce	str. 690
38.	Klára SVOBODOVÁ, Tereza KYSELOVSKÁ, Česká republika Osobní působnost nařízení Brusel I ve světle probíhající revize	str. 703
39.	Matej ŠIMÁŠEK, Slovensko Právny pluralizmus v slovenskom trestnom práve	str. 727
40.	Martina ŠULÁKOVÁ, Česká republika Nástroje Evropské komise pro efektivitu justice (CEPEJ) a délka soudních řízení	str. 734
41.	Marek ŠVEC, Slovensko Diskriminácia na základe náboženstva a viery - európsky a národný právny rámec	str. 742
42.	Jana TKÁČIKOVÁ, Petr VACULÍK, Česká republika Proměny evropské legislativy v oblasti ochrany životního prostředí	str. 759
43.	Marcela TÓTHOVÁ, Slovensko Odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky a jeho využitie v procese odhaľovania a dokazovania korupcie	str. 770
44.	Simona TRÁVNÍČKOVÁ, Česká republika Revize nařízení Brusel I – otázky nad úpravou prorogace a litispence	str. 780
45.	Gulnur TULEUBAYEVA, Kazachstán The features of the legal regime of agricultural land	str. 788
46.	Gulnur YENSEBAYEVA, Kazachstán Comparative analysis of legislation of Russian Federation and Republic of Kazakhstan at crimes perpetrated with organized criminality	str. 799

Odpovědnost právnické osoby a jednání za jiného

1. **Petr AULICKÝ, Česká republika**
Několik poznámek k trestní odpovědnosti právnických osob str. 810
2. **Lenka ČIHÁKOVÁ, Česká republika**
Úprava odpovědnosti právnických osob ve vybraných zemích Latinské Ameriky str. 816
3. **Richard FIEBIG, Slovensko**
Kritérium ukládání "účinných, primeraných a odradzujúcich" sankcií
v kontexte úvah o zavedení trestnej zodpovednosti právnických osôb str. 825
4. **Monika GAZDOVÁ, Česká republika**
Odpovědnost správce korporace v úpadku str. 836
5. **Kateřina HAJNÁ, Petra JELÍNKOVÁ, Česká republika**
Ožehavé otázky zastoupení společností s ručením omezeným str. 846
6. **Andras HORVATH, Maďarsko**
Parental, successive and passed-on liability of undertakings for antitrust fines str. 854
7. **Kristýna CHALUPECKÁ, Česká republika**
Role insolvenčního správce při popírání nároků věřitelů v insolvenčním řízení str. 870
8. **Jakub JUŘENA, Česká republika**
Odpovědnost statutárního orgánu podle insolvenčního práva str. 876
9. **Jaromír KOŽIAK, Česká republika**
Modifikace odpovědnosti orgánů právnické osoby v případě blížící se insolvence str. 884
10. **Ivo MACEK, Česká republika**
Odpovědnost za porušení pravidel hospodářské soutěže se zaměřením na bid rigging str. 890
11. **Jozef MEDELSKÝ, Slovensko**
Slovenská právna úprava trestnej zodpovednosti právnických osôb str. 898
12. **Lenka NĚMCOVÁ, Česká republika**
Sankce jako následek daňové kontroly str. 912
13. **Petra NOVOTNÁ, Česká republika**
Odpovědnost v rámci skupiny společností z pohledu práva EU: Vybrané otázky str. 921
14. **Ivana PASTVOVÁ, Slovensko**
Problematika právnických osôb v trestnom práve Slovenskej republiky str. 930
15. **András PEISCH, Maďarsko**
On the enforcement of criminal law against legal entities str. 939
16. **Klára PROKOPOVÁ, Česká republika**
Odpovědnost právnických osob za porušení oznamovací povinnosti podle památkového zákona str. 956
17. **Jana SCHÄFFEROVÁ, Slovensko**
Trestnoprávna zodpovednosť právnických osôb v slovenskom právnom poriadku str. 965

Participace osob na správě věcí veřejných

1. **Hana ADAMOVÁ, Česká republika**
Vlastnické právo jako prostředek zapojení veřejnosti do územního plánování str. 975
2. **Ján BAHÝĽ, Česká republika**
Několik poznámek k institutu zástupce veřejnosti str. 982
3. **Jitka BĚLOHRADOVÁ, Česká republika**
Aarhuská úmluva - aktuální otázky str. 988
4. **Tomáš BLAŽEK, Česká republika**
Rozdělování obcí na více volebních obvodů – gerrymandering po česku? str. 995
5. **Kateřina ČERVENÁ, Česká republika**
Jak se pacient v České republice podílí na vyřízení své stížnosti str. 1009
6. **Helena DOLEŽALOVÁ, Česká republika**
Účast veřejnosti na regulaci invazních druhů str. 1017
7. **Martin DUFALA, Slovensko**
Niekoľko poznámok k povinnému zverejňovaniu zmlúv v Slovenskej republike str. 1028

8.	Jakub HANÁK, Česká republika Účast odborníků v řízeních týkajících se životního prostředí	str. 1037
9.	Martin HOLÍK, Česká republika Zamyšlení nad účastenstvím dotčených osob v územním a stavebním řízení v rámci povolování a výstavby fotovoltaických elektráren.	str. 1049
10.	Faisal HUSSEINI, Česká republika Právo na informace ve vztahu k vnitřním předpisům Vězeňské služby ČR	str. 1061
11.	Michal HUTTA, Slovensko Zákaz alkoholu na veřejných športových podujatiach?	str. 1069
12.	Jan KAZDA, Česká republika Participace Židů na správě věcí veřejných v Protektorátu Čechy a Morava	str. 1076
13.	Petr KOLMAN, Česká republika Právo na informace ve vztahu k veřejné správě - ústavní a zákonné zakotvení práva na informace ve vybraných státech světa	str. 1086
14.	Michal MÁRTON, Slovensko Krajské referendum v České republice a Slovenské republice	str. 1103
15.	Rastislav MUNK, Slovensko Povinné zverejňovanie zmlúv, objednávok a faktúr podľa novely zákona č. 211/2000 Z.z. o slobodnom prístupe k informáciám	str. 1118
16.	Marie POLÁČKOVÁ, Česká republika Závazné stanovisko a účast veřejnosti?	str. 1131
17.	Soňa POSPÍŠILOVÁ, Česká republika Iniciace opatření proti nečinnosti správního orgánu jako specifická forma realizace práva zakotveného v čl. 18 odst. 1 Listiny základních práv a svobod	str. 1140
18.	Michal RADVAN, Česká republika Oprávnění obce určit sankce v případě místních poplatků	str. 1150
19.	Filip RIGEL, Česká republika Meze kandidatury nezávislých ve volbách do zastupitelstev obcí	str. 1158
20.	Roman ŘÍČKA, Česká republika Národní výhrada v kontextu nadnárodního volebního práva	str. 1166
21.	Dagmar STREJČKOVÁ, Česká republika Participace vybraných subjektů zájmové samosprávy na správě veřejného majetku	str. 1188
22.	Ján ŠKROBÁK, Slovensko Sudcovská samospráva verzus suverenita občanov	str. 1202
23.	Radim VIČAR, Česká republika Participace osob na správě veřejných věcí za krizových situací v České republice	str. 1219
24.	Edit VIGH, Maďarsko What roles do the hungarian human rights ngos have in the public participation in governance?	str. 1226
25.	Vojtěch VOMÁČKA, Česká republika Přímý účinek článku 10a směrnice EIA	str. 1237
26.	Marta VRBOVÁ, Česká republika Právo na informace o činnosti obce a ochrana soukromí v podmínkách otevřené veřejné správy	str. 1254

Právo a informační technologie - Duševní vlastnictví a informační technologie

1.	Zuzana ADAMOVÁ, Slovensko Právo k databáze a jeho budoucnost'	str. 1268
2.	Stanislav BARKOCI, Slovensko Parazitovanie na povesti a internet	str. 1274
3.	Eva FIALOVÁ, Česká republika Odpovědnost vyhledávačů za porušení práv k duševnímu vlastnictví	str. 1280
4.	Georgi GRUEW, Polsko Legal aspects of IPv4 depletion	str. 1290
5.	Jakub HARAŠTA, Česká republika Virtuální vlastnictví	str. 1305

6.	Filip HORÁK , Česká republika Free/Open source software: Král je mrtev, ať žije král!	str. 1323
7.	Tomáš KUBEŠA , Česká republika Právní ochrana obsahu webových stránek	str. 1346
8.	<i>phd. student</i> Ekaterina MARMILOVA , Rusko The Legal regulation of using modern IT technologies in elections in Russian Federation	str. 1359
9.	<i>Mgr</i> Katarzyna WIŚNIEWSKA , Polsko Cybersquatting and resolving of domain name disputes in Poland	str. 1366

Právo a informační technologie - eGovernment & finance

1.	Milan BÁRTA , Česká republika Elektronická komunikace se správcem daně - přínosy a nedostatky	str. 1383
2.	Richard BUDZÁK , Česká republika Stav a možnosti elektronizácie verejných zákaziek	str. 1393
3.	Damian CZUDEK , Česká republika Doručování do Datových schránek - 2 roky poté	str. 1399
4.	Eubomír ČUNDERLÍK , Slovensko Autorizácia vstupu na trh s platobnými službami	str. 1409
5.	Maciej ETEL , Urszula ETEL , Polsko Dostęp do informacji o przedsiębiorcy – ewolucja systemu legalizacji działalności gospodarczej w Polsce ...	str. 1423
6.	Martin HÁJÍČEK , Lukáš VESELOVSKÝ , Česká republika Virtuální ekonomika v kontextu Evropské unie	str. 1436
7.	Matej KAČALJAK , Slovensko Skúsenosti s elektronickou správou daní v SR	str. 1444
8.	Michal KOŠČÍK , Česká republika Datové scránky - vývoj právní praxe a judikatury v prvních dvou letech existence	str. 1450
9.	Jakub KRÁL , Česká republika Projekty eHealth	str. 1457
10.	Jana KRANECOVÁ , Česká republika Význam informačních technologií u zdanění nemovitostí na základě tržní hodnoty	str. 1467
11.	Libor KYNCL , Česká republika Quo vadis, eGovernment?	str. 1472
12.	Michaela MOŽDIÁKOVÁ , Česká republika Elektronické nástroje na podporu AML/CTF opatření	str. 1481
13.	Tomáš PAVLÍČEK , Česká republika Problémy fungování datových schránek	str. 1491
14.	Alena SALINKOVÁ , Česká republika Hazardní hry online	str. 1504
15.	Robert SIENKO , Česká republika Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej	str. 1511
16.	Eva ŠULCOVÁ , Česká republika Využití moderních technologií při uzavírání smluv v oblasti finančních služeb	str. 1520
17.	Lukáš VESELOVSKÝ , Martin HÁJÍČEK , Česká republika, Virtuální ekonomika v kontextu Evropské unie	str. 1530
18.	Karolina ZAPOLSKA , Česká republika Elektroniczna platforma usług administracji publicznej	str. 1537

Právo a informační technologie - Právní informatika

1. **Ondřej ANTOŠ**, Česká republika
Is Internet an Embryo of a New Legal Culture? str. 1546
2. **JUDr. Kamil BARANÍK**, Slovensko
Legislativny proces v SR a jeho digitalizácia str. 1572
3. **Terezie SMEJKALOVÁ**, Česká republika
Communication of Law and Access to Courts str. 1587
4. **Krisztina SZERÓVAY**, Maďarsko
Usability of e-government websites, evaluation of the Hungarian e-government portal str. 1596

Retroaktivita z pohledu vědy a praxe

1. **Petr BOUDA**, Česká republika
Retroaktivita a předvídatelnost práva str. 1636
2. **Dušan ČURILA**, Česká republika
Retroaktivita a ročné zúčtovanie zdravotného poistenia na Slovensku str. 1659
3. **Jana DURAČINSKÁ**, Slovensko
Viazanosť súdu retroaktívnou normou str. 1666
4. **Jan KOLBA**, Česká republika
Retroaktivita zákona č. 160/2006 Sb. str. 1676
5. **Stanislav KOUBA**, Česká republika
Retroaktivita a daň z příjmů str. 1684
6. **Veronika KUDROVÁ**, Česká republika
Retroaktivita budoucí str. 1691
7. **Michal MASLEN**, Slovensko
Zákaz retroaktivity ako kľúčový princíp správneho trestania str. 1702
8. **Kristýna MÜLLEROVÁ**, Česká republika
Retroaktivita ve zdaňování stavebního spoření str. 1715
9. **Vítězslav NĚMČÁK**, Česká republika
Retroaktivita právních předpisů v zemích common law str. 1722
10. **Martina PECHÁČKOVÁ**, Česká republika
Komparativní analýza intertemporálních účinků soudních rozhodnutí v ČR
a v britském právním systému common law str. 1730
11. **Monika SMOLEŇOVÁ**, Slovensko
Konceptie retroaktivity str. 1745
12. **Michal ŠKERLE**, Česká republika
Zásada "Nulla poena sine lege" v politickém procesu str. 1758

Seznam recenzentů..... str. 1766

DOBŘÉ MRÁVY V KONTEXTE ČESKOSLOVENSKÉHO PRÁVNĚHO PORIADKU (GOOD MANNERS IN CONTEXT OF CZECHOSLOVAK LEGAL ORDER)

KRISTÍNA BALIŠOVÁ

Paneurópska vysoká škola, Ústav teórie a dejín štátu a práva

Abstract in original language

Predkladaný článok je zameraný na vývoj problematiky dobrých mravov ako jedného zo základných princípov, na ktorom bolo kreované československé súkromné právo ako integrálna súčasť právneho poriadku Československej republiky. Cieľom je vymedziť nielen podobu a miesto zmieneného princípu v systéme československého právneho poriadku, ale aj vysvetliť dôvod aplikácie rôznych pojmov slúžiacich na ich označenie, resp. vyjadrenie v príslušných zákonoch.

Key words in original language

Dobré mravy, pravidlá socialistického spoluzitia, všeobecný záujem, záujem spoločnosti, právny úkon, neplatný právny úkon, zákon č. 141/1950 Zb. (Občiansky zákonník účinný od 1.1.1951), zákon č. 40/1964 Zb. (Občiansky zákonník účinný od 1.4.1964).

Abstract

Submitted article is focused on developement of good manners matter as a part of general principles, which has formed branch of czechoslovak legal order, i. e. czechoslovak civil law. Mail aim of submitted article is not only to define the position and the range of mentioned principle in the structure of czechoslovak legal order, but to explain reasons for application of different conceptions in particular laws, as well.

Key words

Good manners, rules of socialistic coexistence, general concernment, concernment of society, legal act, void legal act, Civil code No. 141/1950 (Civil code effective from January 1st, 1951), Civil code No. 40/1964 (Civil code effective from April 1st, 1964).

1. Pojem dobré mravy a jeho místo v právním poriadku Československej republiky

Dobré mravy (z lat. *boni mores*) – ako jeden zo základných elementov, resp. pravidiel tvoriacich hodnotový základ súkromného práva – boli počas celej existencie Československej republiky v rôznych podobách integrálnou súčasťou jej právneho poriadku. Vyjadrenie zmieneného princípu v príslušnej norme bolo dané najmä politickou situáciou v republike.

V prvopočiatoch existencie Československej republiky, nebolo z časového hľadiska možné pripraviť kodéxy regulujúce jednotlivé právne odvetvia. Z uvedeného dôvodu bola v podmienkach Československej republiky na základe recepčnej normy¹ zakotvená materiálno-právna kontinuita s rakúskym a uhorským právnym poriadkom. V záujme štátnej stability zákonodarca dočasne ponechal v platnosti všetky dovtedajšie zemské a ríšske zákony a nariadenia, tzn. do novovytváraného štátneho celku recipoval rakúsky a uhorský štátny aparát a právny poriadok.² V súlade s uvedeným upravoval oblasť civilného práva na území českých krajín Všeobecný občiansky zákonník z roku 1811 v znení tretej veľkej novely z roku 1916 (ďalej len „Všeobecný občiansky zákonník“) a na území slovenska uhorské obyčajové právo. Za zmienku stojí skutočnosť, že Všeobecný občiansky zákonník poznal pojem „dobré mravy“ a dokonca boli *expressis verbis* vyjadrené aj v samotnom texte.

Výsledkom kodifikačných snáh iniciovaných koncom štyridsiatych rokov 20. storočia predstaviteľmi komunistickej strany bolo prijatie základných kódexov nielen z oblasti súkromného (ale aj z oblasti verejného) práva, čím sa definitívne odstránil pretvárajúci právny dualizmus. Úprava súkromného práva bola výrazne ovplyvnená Ústavou z 9. mája 1948 a odzrkadľovala nové hospodárske a politické pomery. Medzi relevantné normatívne právne akty prijaté v tomto období, patrili:

- Občianský zákonník publikovaný v Zbierke zákonov pod číslom 141/1950 Zb. (ďalej len „Občiansky zákonník z roku 1950“),
- Zákon o práve rodinnom publikovaný v Zbierke zákonov pod číslom 265/1949 Zb. (ďalej len „Zákon o práve rodinnom z roku 1949“).

Rýchly rozvoj socialistických spoločenských vzťahov a ich následné zdokonaľovanie viedlo v prvej polovici 60. rokov 20. storočia k opätovnej rekodifikácii jednotlivých odvetví súkromného práva.³ Výsledkom rekodifikačného procesu bolo prijatie nasledovných normatívnych právnych aktov:

- Občiansky zákonník publikovaný v Zbierke zákonov pod číslom 40/1964 Zb. a účinný od 1. apríla 1963 (ďalej len „Občiansky zákonník z roku 1964“),
- Zákon o rodine publikovaný v Zbierke zákonov pod číslom 94/1963 Zb. (ďalej len „Zákon o rodine z roku 1963“),
- Zákonník práce publikovaný v Zbierke zákonov pod číslom 65/1965 Zb. (ďalej len „Zákonník práce z roku 1965“),

¹ Recepčnou normou sa rozumie zákon č. 11/1918 Sb. z. a n. zo dňa 28. októbra 1918 o zriadení samostatného štátu Československého

² Bližšie pozri Malý, K. – Dejiny českého a česko-slovenského práva do roku 1945. Praha: Linde, 1997, s. 271

³ Bližšie pozri Čechotová, V. – Dobré mravy v slovenskom súkromnom práve. Bratislava: Miroslav Mračko EPOS, 2005, s. 58

- Hospodársky zákonník publikovaný v Zbierke zákonov pod číslom 109/1963 Zb. (ďalej len „Hospodársky zákonník“).

Napriek prijatiu nových kódexov regulujúcich oblasť súkromného práva sa v období rokov 1951 – 1991 s pojmom „dobré mravy“ ako takým v právnom poriadku Československej republiky nestretneme. Z rýdzo ideologických dôvodov nebol v uvedenom období pojem „dobré mravy“ v takejto podobe inkorporovaný do žiadneho zo súkromnoprávných kódexov. Zákonodarca ho z taktických dôvodov nahradil pojmi ako „všeobecný záujem“, „záujem spoločnosti“, „zásady morálky socialistickej spoločnosti“, či „pravidlá socialistickeho spolužitia“. K postupnej zmene došlo až v dôsledku novembrových udalostí (tzn. rok 1989), ktoré naštartovali demokratizáciu pomerov v Československej republike.

2. Dobré mravy v kontexte občianskeho práva

2.1. Úprava v období rokov 1918 – 1950

Všeobecný občiansky zákonník – na rozdiel od kódexov, ktoré ho neskôr nahradili – poznal pojem „dobré mravy“. Morálny princíp, ktorý bolo *lege artis* nevyhnutné dodržiavať v rámci kontraktačného procesu, bol zakomponovaný do ustanovenia § 879 Všeobecného občianskeho zákonníka, v zmysle ktorého bola zmluva priečiaca sa zákonnému zákazu alebo dobrým mravom ničotná (*non negotium*). Z pohľadu teórie občianskeho práva hmotného sa jednalo o zdanlivý právny úkon, tzn. o taký prejav vôle, ktorý vôbec nespĺňal náležitosti zákonom vyžadované od právnych úkonov. Z uvedeného dôvodu sa na takéto právne úkony neprehliadalo, resp. malo sa za to, že právny úkon nebol urobený.⁴ Všeobecný občiansky zákonník zároveň v odseku 2 citovaného ustanovenia demonštratívne vymedzil prípady, kedy bolo možné hovoriť o ničotnom právnom úkone zmluve.⁵

2.2. Úprava v období rokov 1951 – 1964

Ako už bolo naznačené Občiansky zákonník z roku 1950 pojem dobré mravy neobsahoval. V texte normy sa však často stretávame s dobovými synonymami zmieneného pojmu, tzn. s pojmi „všeobecný záujem“ a „pravidlá socialistickeho spolužitia“. Zákonodarca však ani jeden z uvedených pojmov nedefinoval. Vymedzenie obsahu oboch pojmov bolo ponechané na judikatúru a odporné práce právnych teoretikov.

⁴ Lazar, J. – Občianske právo hmotné. 1. diel. Tretie doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: IURA EDITION, 2006

⁵ Ničotným právnym úkonom v zmysle ustanovenia § 879 Všeobecného občianskeho zákonníka bola napr. taká zmluva, ktorou niekto (tzn. dedič) dedičstvo alebo odkaz, ktoré očakával od inej osoby (tzn. poručiťa) scudzí ešte za života poručiťa.

S pojmom „všeobecný záujem“ sa stretávame vo viacerých ustanoveniach citovanej normy. Jednalo sa o relatívne často aplikovaný pojem spájaný nielen s problematikou právnych úkonov. V zmysle ustanovenia § 36 ods. 1 Občianskeho zákonníka z roku 1950 sa za neplatný považoval každý právny úkon, ktorý sa svojim obsahom priečil zákonu alebo všeobecnému záujmu. Neplatnosť právneho úkonu bola v súlade s dobovou legislatívou považovaná za relatívny pojem. Doktrínálne sa rozlišovala neplatnosť absolútna a relatívna, napriek tomu, že zákonník takého členenie nepoznal (podobne ako Občiansky zákonník z roku 1964 do novely z roku 1982).⁶ Právny úkon obsahovo sa priečiaci zákonu alebo všeobecnému záujmu bol neplatný od počiatku (tzn. *ex tunc*), tzn. v súlade so súčasnou právnou terminológiou by bolo možné takýto právny úkon označiť za absolútne neplatný. Samozrejme, absolútna neplatnosť postihovala všetky právne úkony odvodené od predmetného (neplatného) úkonu. V danom prípade sa jednalo o takú vadu právneho úkonu, ktorú nebolo *lege artis* možné žiadnym spôsobom konvalidovať. Úmyslom zákonodarcu bolo sankcionovať takto všetky právne úkony „smerujúce ku škode štátu a záujmom celku, úkony smerujúce k vykorisťovaniu pracujúcich a úkony porušujúce pravidlá socialistického spolužitia.“⁷ Z uvedeného vyplýva, že zákonodarca pri úprave absolútnej neplatnosti právnych úkonov nevychádzal z premisy, že právny úkon musí byť *ex lege* v súlade s určitými pravidlami slušnosti, resp. v súlade s dobrými mravmi, ale uprednostnil formuláciu, na základe ktorej sa vyžadoval súlad každého právneho úkonu o.i. so „všeobecným záujmom“. Pod rozpor so „všeobecný záujem“ bolo teda možné subsumovať všetky právne úkony, ktoré boli v rozpore so záujmami štátu a pracujúceho ľudu (napr. úkony vedome koristiace z tiesne, predávanie alkoholických nápojov pracujúcim na úver v nadmerenej miere,⁸ uznanie takéhoto dlhu,⁹ atď.), pričom je vhodné zdôrazniť, že pojem „všeobecný záujem“ sa mal principiálne odlišovať od pojmu „dobré mravy“ aplikovaného v kapitalistických právnych poriadkoch.¹⁰

Pre výklad vôle konajúceho subjektu bolo relevantným ustanovenie § 31 ods. 1 Občianskeho zákonníka z roku 1950, v zmysle ktorého bolo potrebné prejav vôle vykladať tak, ako to so zreteľom na okolnosti, za ktorých bol urobený, zodpovedalo pravidlám socialistického spolužitia. Zákonodarca odôvodnil aplikáciu slovného spojenia „pravidlá socialistického spolužitia“

⁶ Salač, J. – Rozpor s dobrými mravmi a jeho následky v civilním právu. 2. vydanie. Praha: C. H. BECK, 2004, s. 185

⁷ Salač, J. – Rozpor s dobrými mravmi a jeho následky v civilním právu. 2. vydanie. Praha: C. H. BECK, 2004, s. 185

⁸ Bližšie pozri judikát R 79/1951

⁹ Bližšie pozri judikát R 3/1953

¹⁰ Bližšie pozri – Špaček, V. - Projevy vůle a právní úkony v občanském právu. 1953 s. 136 – 137, Salač, J. – Rozpor s dobrými mravmi a jeho následky v civilním právu. 2. vydanie. Praha: C. H. BECK, 2004, s. 185 a Štefanko, J. – Prvý Občiansky zákonník. Platný od roku 1951 do roku 1964. S dôvodovou správou a so súvisiacimi predpismi zameranými na vecné právo. Šamorín: HEURÉKA, 1999, s. 32

skutočnosťou, že „za socializmu sa vytvára nová socialistická morálka spočívajúca v nových súdržných vzťahoch medzi ľuďmi“¹¹ a takúto novú morálku je možné najoptimálnejšie vyjadriť výlučne zmieneným slovným spojením.

Ako vyplývalo z dôvodovej správy k citovanej norme, pravidlá socialistického spolužitia plnili nielen interpretačnú funkciu (viď ustanovenie § 31 ods. 1), ale mali aj funkciu normotvornú. Pôsobnosťou v normatívnej oblasti mal zákonodarca na mysli situácie, „kedy zákon dovoľoval alebo ukladal, aby určité správanie bolo právne posudzované podľa pravidiel socialistického spolužitia alebo aby nejaká otázka bola rozhodnutá rozhodnutá podľa pravidiel socialistického spolužitia.“¹²

Pri analýze ustanovení Občianskeho zákonníka z roku 1950 je možné dospieť k záveru, že v porovnaní s aplikáciou pojmu pravidiel socialistického spolužitia bol pojem všeobecný záujem používaný frekventovanejšie. Zatiaľ čo pravidlá socialistickej morálky našli svoje vyjadrenie len v ustanovení § 31 ods. 1 Občianskeho zákonníka z roku 1950, pojem všeobecný záujem zákonodarca zakomponoval napríklad do ustanovení súvisiacich s obmedzením vlastníckeho práva,¹³ či súvisiacich s bezpodielovým vlastníctvom manželov, atď.

2.3. Úprava v období rokov 1964 – 1991

Začiatkom 60. rokov 20. storočia bol vypracovaný nový občianskoprávny kódex (účinný od 1. apríla 1964), ktorý nahradil Občiansky zákonník z roku 1950. Ani napriek rozsiahlej rekodifikácii predmetného právneho odvetvia zákonodarca do textu Občianskeho zákonníka z roku 1963 nezakomponoval pojem „dobré mravy“. Obdobne ako v predchádzajúcej právnej úprave zotrval pri aplikácii pojmu „pravidlá socialistického spolužitia“ a pojem „všeobecný záujem“ nahradil novým termínom „záujem spoločnosti“. Oba uvedené pojmy boli stotožňované z určitými morálnymi princípmi reprezentujúcimi základ pre výstavbu socialistického občianskeho práva hmotného. Pod pojmom „pravidlá socialistickej morálky“ bolo možné rozumieť (univerzálny) systém spoločenských noriem a súčasne subsystém noriem morálnych, niekedy stotožňovaný aj so socialisticou morálkou ako hodnotovým nepísaným systémom. Podľa názoru právnych teoretikov sa dokonca systém právnych

¹¹ Čechotová, V. – Dobré mravy v slovenskom súkromnom práve. Bratislava: Miroslav Mračko EPOS, 2005, s. 58

¹² Čechotová, V. – Dobré mravy v slovenskom súkromnom práve. Bratislava: Miroslav Mračko EPOS, 2005, s. 59

¹³ Napríklad: V zmysle ustanovenia § 108, prvá veta a druhá veta pred bodkočiarkou Občianskeho zákonníka z roku 1950 bol vlastník povinný strpieť, aby sa v stave núdze za náhradu použila jeho vec v miere nevyhnutnej. To isté platilo, ak to vyžadoval dôležitý všeobecný záujem, ktorý nebolo možné inak uspokojiť. V zmysle ustanovenia § 126, ods. 1, prvá veta Občianskeho zákonníka z roku 1950, ak uvedenie veci do predošlého stavu nie je dobre možné, najmä ak tomu bráni povaha výrobku alebo všeobecný záujem, stane sa vlastníkom výrobku ten, podiel ktorého ocenený v peniazoch je najväčší.

noriem prekryval so systémom pravidiel socialistického spolužitia, čím sa podčiarkoval morálny charakter zmienených noriem.¹⁴ Pre pravidlá socialistického spolužitia bolo tiež priznané, že nezaväzovali iba fyzické, ale aj právnické osoby, tzn. všetkých účastníkov občianskoprávných vzťahov bez rozdielu a boli aplikované vo všetkých oblastiach spoločenských vzťahov.

Jedným z kľúčových ustanovení Občianskeho zákonníka z roku 1964 bol článok VI, v zmysle ktorého výkon práv a povinností vyplývajúcich z občianskoprávných vzťahov musel byť v súlade s pravidlami socialistického spolužitia. Ako zákonodarca v dôvodovej správe uviedol „vo vzťahu občana k spoločnosti zohráva významnú úlohu i morálka, ktorá sa pri postupe ku komunizmu stále zblíži s právom.“¹⁵ Na základe uvedeného normoval Občiansky zákonník z roku 1964 určité morálne princípy. Zákonodarca vyzdvihoval význam implementovania princípov morálky do textu normy regulujúcej občianskoprávne vzťahy aj z toho dôvodu, že uvedený prístup k regulovaniu zmieneného odvetvia práva umožnil zakomponovať do kódexu nielen kondicionálne normy,¹⁶ aj normy imperfektne.¹⁷ Aplikácia noriem bez sankcie bola prípustná, keďže v podmienkach socialistickej spoločnosti bolo možné takéto normy presadiť aj výchovným pôsobením.¹⁸ A už zmienený článok VI. Občianskeho zákonníka z roku 1963 bol toho dôkazom. Síce stanovoval určité pravidlo správania sa, absentovala v ňom však sankcia, ako následok nedodržania príkazu v ňom obsiahnutého. Takúto sankciu je však potrebné hľadať v iných ustanoveniach citovaného kódexu.¹⁹ Obdobné platilo aj o vzájomnom vzťahu rozporu s pravidlami socialistického spolužitia a rozporu so záujmami spoločnosti. „Je samozrejme, že každý výkon práva a povinnosti, ktorý nie je v súlade s pravidlami socialistického spolužitia, nie je ani v súlade so záujmami spoločnosti. To však neznamená, že by každý právny úkon, ktorý nie je v súlade s pravidlami socialistického spolužitia, sa už tým istým priechil záujmom spoločnosti v zmysle ustanovenia § 39.“²⁰

S pojmom pravidlá socialistického spolužitia sa v texte civilného kódexu stretávame napríklad v ustanovení § 79 Občianskeho zákonníka z roku 1950, v zmysle ktorého, ak bol čas splnenia ponechaný na vôľu dlžníka,

¹⁴ Bližšie pozri Češka, Z., Kabát, J., Ondřej, J., Švestka, J. a kol. – Občanský zákoník. Komentár. 1. díl. Praha: PANORAMA, 1987, s. 23

¹⁵ Češka, Z., Kabát, J., Ondřej, J., Švestka, J. a kol. – Občanský zákoník. Komentár. 1. díl. Praha: PANORAMA, 1987, s.22

¹⁶ Kondicionálnou normou je taká norma, ktorej štruktúru tvorí hypotéza, dispozícia a sankcia.

¹⁷ Imperfektou normou sa rozumie norma, ktorej štruktúru tvorí len hypotéza a dispozícia (sankcia v takejto norme absentuje).

¹⁸ Bližšie pozri Češka, Z., Kabát, J., Ondřej, J., Švestka, J. a kol. – Občanský zákoník. Komentár. 1. díl. Praha: PANORAMA, 1987, s. 22

¹⁹ Bližšie pozri Češka, Z., Kabát, J., Ondřej, J., Švestka, J. a kol. – Občanský zákoník. Komentár. 1. díl. Praha: PANORAMA, 1987, s. 22

²⁰ Češka, Z., Kabát, J., Ondřej, J., Švestka, J. a kol. – Občanský zákoník. Komentár. 1. díl. Praha: PANORAMA, 1987, s. 22 – 23

určil ho na návrh veriteľa súd podľa okolností prípadu tak, aby to bolo v súlade s pravidlami socialistického spolužitia, alebo v ustanovení § 148 ods. 2 Občianskeho zákonníka z roku 1950, v zmysle ktorého zo závažných dôvodov, najmä ak by ďalšie trvanie bezpodielového spoluvlastníctva odporovalo pravidlám socialistického spolužitia, môže súd na návrh niektorého z manželov toto spoluvlastníctvo zrušiť i za trvania manželstva, ale aj napríklad v ustanovení § 384 ods. 2 Občianskeho zákonníka z roku 1964, poskytnutie občianskej výpomoci musí byť v súlade s pravidlami socialistického spolužitia, či v ustanovení § 35 ods. 2 Občianskeho zákonníka z roku 1964, v súlade s ktorým bolo potrebné prejav vôle vykladať tak, ako to so zreteľom na okolnosti, za ktorých bol urobený, zodpovedalo pravidlám socialistického spolužitia.

Rovnako významným bol aj pojem „záujem spoločnosti“. V zmysle ustanovenia § 39 Občianskeho zákonníka z roku 1964, bol neplatným právny úkon, ktorý svojim obsahom alebo účelom odporoval zákonu alebo ho obchádzal alebo a priečil záujmom spoločnosti. Záujmom spoločnosti sa priečili také právne úkony, ktorých obsah alebo účel bol v rozpore so socialistickým spoločenským zriadením ako aj právne úkony, ktoré boli v rozpore s morálnym kódexom socialistickej spoločnosti, a teda so zásadami socialistického spolužitia vyjadrenými v článku VI. Občianskeho zákonníka z roku 1964. Platilo, že právny úkon (napr. zmluva), ktorý svojim obsahom alebo účelom odporuje zákonu, alebo ho obchádza, alebo sa prieči záujmom spoločnosti, je od počiatku absolútne neplatný, pričom bolo irelevantné, či účastníci zmluvy o dôvode jej neplatnosti vedeli.²¹

Pojem „záujem spoločnosti“ bol samozrejme zakomponovaný aj do ďalších ustanovení Občianskeho zákonníka z roku 1963. Prikladom je ustanovenie § 471 ods. 1 Občianskeho zákonníka z roku 1963, ak je dedičstvo predĺžené, môžu sa dedičia s veriteľmi dohodnúť, že im dedičstvo prenechajú na úhradu dlhov. Štátne notárstvo túto dohodu schváli, ak neodporuje zákonu alebo záujmu spoločnosti.

2.4. Úprava po roku 1992

Významnej zmeny sa dočkal Občiansky zákonník z roku 1963 na začiatku 90. rokov 20. storočia, kedy bolo prijatých niekoľko noviel, zosúladzujúcich ustanovenia citovanej normy s novými spoločenskými podmienkami. Jednou z nich bola aj novelou č. 509/1991 Zb., účinná od 1. januára 1992, ktorou zákonodarca o.i. nahradil dovtedy používané pojmy „záujem spoločnosti“ a „pravidlá socialistického spolužitia“ jednotným pojmom „dobré mravy“. Počnúc dňom účinnosti predmetnej novely sa „dobré mravy“ stali opäť súčasťou československého právneho poriadku (a počnúc 1.1.1993 súčasťou právneho poriadku Českej republiky a Slovenskej republiky).

²¹ Bližšie pozri judikát R 33/1975

Za zmienku stojí skutočnosť, že zákonodarca priamo v texte civilného kódexu (viď ustanovenie § 3 ods. 1 Občianskeho zákonníka z roku 1963 v zmysle novely č. 509/1991 Zb.) vyzýval k dodržiavaniu dobrých mravov pri výkone práv a povinností vyplývajúcich z občianskoprávných vzťahov. Z predmetného ustanovenia vyplývalo, že „výkon práv a povinností vyplývajúcich z občianskoprávných vzťahov nesmie bez právneho dôvodu zasahovať do práv a oprávnených záujmov iných a nesmie byť v rozpore s dobrými mravmi. Citované zákonné ustanovenie má zásadný aplikačný a interpretačný význam pre výkon subjektívnych občianskych práv.“²² Možno podotknúť, že v nezmenenej podobe je ustanovenie § 3 ods. 1 účinným do súčasnosti.

3. Dobré mravy v kontexte rodinného práva

3.1. Úprava v období rokov 1949 – 1963

Oblasť rodinného práva bola dlhodobo vnímaná ako integrálna súčasť občianskeho práva hmotného. Vyplývalo to z koncepcie Všeobecného občianskeho zákonníka. Zmena však nastala až prijatím Zákona o práve rodinnom v roku 1949, ktorým sa problematika rodinného práva vyčlenila z dovtedajšej občianskoprávnej úpravy a vytvorila tak z rodinného práva samostatné právne odvetvie.²³ Súčasne sa aj v tomto právnom odvetví odstránil pretrvávajúci právny dualizmus príznačný pre právny poriadok Československej republiky do začiatku 50. rokov 20. storočia. Zákon o práve rodinnom z roku 1949 však v žiadnej podobe pojem „dobré mravy“ neobsahoval a zmienka o tejto právnej norme má v tejto súvislosti rýdzo informačný charakter.

3.2. Úprava v období rokov 1963 - 1992

Zákon o rodine z roku 1963 možno zaradiť medzi normatívne právne akty, ktoré vo svojom paragrafovom znení obsahovali v určitej podobe pojem „dobré mravy“. Aj v tomto prípade pri vyjadrení zmieneného princípu zvolil zákonodarca iné označenie, a to pojem „zásady morálky socialistickej spoločnosti“.

Pojem „zásady morálky socialistickej spoločnosti“ nebol ani v texte Zákona o rodine z roku 1963 ani v judikatúre definovaný. Právna prax sa skôr zamerala na príkladné vymedzenie situácii, resp. prípadov, ktoré svojim obsahom porušovali uvedený princíp. Príkladom je výklad ustanovenie § 96 ods. 2 Zákona o rodine z roku 1963, v zmysle ktorého, nebolo možné priznať výživné, ak by priznanie tohto nároku oprávnenému bolo v rozpore práve so zmienenými „zásadami morálky socialistickej

²² Viď judikát č. 89/1998

²³ Bližšie pozri Vojáček, L., Schelle, K. – Právní dějiny na území Slovenska. Ostrava: KEY publishing, s.r.o., 2007, s.401

spoločnosti“. V tejto súvislosti vnímal zákonodarca predmetné slovné spojenie ako „základné a najdôležitejšie kritérium pre posudzovanie všetkých nárokov na výživu.“²⁴ Podľa názoru odbornej verejnosti, by nebolo v súlade s uvedeným princípom, ak by sa priznal nárok na výživné napríklad tomu z manželov, ktorý „druhého manžela opustil v núdzi alebo chorobe alebo ktorý ho opustil za účelom nadviazania faktického životného spoločenstva s iným partnerom.“²⁵ Vo všeobecnosti preto možno konštatovať, že predpokladom pre naplnenie skutkovej podstaty obsiahnutej v ustanovení § 96 ods. 2 Zákona o rodine z roku 1963 bolo amorálne správanie sa oprávneného voči povinnému, pričom nevhodného správania sa vo vzťahu k povinnému mohol dopustiť výlučne oprávnený.²⁶ Vzhľadom na systematické zaradenie predmetného ustanovenia do osobitnej (tzn. piatej) hlavy tretej časti Zákona o rodine z roku 1963 vyplývalo (tzn. osobitná stať v rámci časti normy venovanej problematike výživného), že pod pojmom „výživné“ aplikovaným v ustanovení § 96 ods. 2 Zákona o rodine z roku 1963 mal zákonodarca na mysli nielen vyživovaciu povinnosť rodičov k deťom (§ 85 – 86 Zákona o rodine z roku 1963), či vyživovaciu povinnosť detí k rodičom (§ 87 Zákona o rodine z roku 1963), ale aj vyživovaciu povinnosť medzi ostatnými príbuznými (§ 88 – 90 Zákona o rodine z roku 1963), vyživovaciu povinnosť medzi manželmi (§ 91 Zákona o rodine z roku 1963), príspevok na výživu rozvedeného manžela (§ 92 – 94 Zákona o rodine z roku 1963), príspevok na výživu a úhradu niektorých nákladov nevydatej matke (§ 95 Zákona o rodine z roku 1963). Vecne a miestne príslušný súd bol pri rozhodovaní o priznaní resp. nepriznaní nároku na výživné ex lege povinný nepriznať oprávnenému nárok na výživné, pokiaľ by priznanie tohto nároku bolo v rozpore s uvedeným princípom,²⁷ a to aj vtedy, ak rozhodoval o nároku maloletého dieťaťa na výživné.²⁸

Pojem „zásady morálky socialistickej spoločnosti“ zákonodarca zakomponoval aj do ďalšieho ustanovenia Zákona o rodine z roku 1963., a to konkrétne do ustanovenia § 31 ods. 1, ktoré ukladalo rodičom pri výchove detí povinnosť v duchu zásad morálky socialistickej spoločnosti pôsobiť na citový, rozumový a mravný vývoj svojich detí.

²⁴ Radimský, J., Radvanová, S. – Zákon o rodině. Komentár. Praha: PANORAMA, 1989, s. 361

²⁵ Češka, Z. a kol. – Československé rodinné právo. Bratislava: Obzor, 1986, s. 241

²⁶ Bližšie pozri Radimský, J., Radvanová, S. – Zákon o rodině. Komentár. Praha: PANORAMA, 1989, s. 363

²⁷ Porovnaj Pavelková, B., Kubičková, G., Čechotová, V. – Zákon o rodine. Komentár s judikaturou. Šamorín: HEURÉKA, 2005, s. 255

²⁸ Pre porovnanie je vhodné uviesť, že v zákone o rodine platnom v súčasnosti na území SR (zákon č. 36/2005 Z.z.) sa v ustanovení § 75 ods. 2 (obdobna ustanovenia § 96 ods. 2 Zákona o rodine z roku 1963) uvádza: Výživné nemožno priznať, ak by bolo v rozpore s dobrými mravmi; to neplatí, ak ide o výživné pre maloleté dieťa. Tzn. v súlade so súčasnou platnou slovenskou legislatívou sú nároky maloletých detí z uvedeného ustanovenia vyňaté.

Prijatím novely Zákona o rodine z roku 1963 v prvej polovici 90. rokov 20. storočia došlo o.i. k úprave vyššie uvedených ustanovení a dovtedy zaužívaný pojem „zásady morálky socialistickej spoločnosti“ bol nahradený pojmom „dobré mravy“.

4. Dobré mravy v kontexte pracovného práva

Rekodifikácia pracovného práva v podmienkach Československej republiky sa uskutočnila podstatne neskôr ako to bolo v prípade občianskeho alebo rodinného práva. Spočiatku bolo pracovné právo (rovnako ako napríklad právo rodinné) súčasťou občianskeho práva (konkrétne Všeobecného občianskeho zákonníka). V roku 1965 však bol prijatý kódex, tzn. Zákonník práce z roku 1965, regulujúci oblasť pracovného práva ako samostatného právneho odvetvia. Obdobne ako občianskoprávna úprava po roku 1963 aj Zákonník práce z roku 1965 aplikoval vo svojom texte pojem „záujem spoločnosti“ ako synonymum pojmu „dobré mravy“, pričom bol vnímaný rovnako, ako v podmienkach občianskeho práva.

Pojem „záujem spoločnosti“ bol relatívne často aplikovaný. Napríklad v súlade s ustanovením § 20 ods. 2, in fine Zákonníka práce z roku 1965, musel byť obsah kolektívnych zmlúv byť v súlade nielen s právnymi predpismi, ale aj so záujmom spoločnosti. V zmysle ustanovenia § 24 ods. 1 Zákonníka práce z roku 1965, občania uskutočňovali svoje právo na práca v súlade so záujmami spoločnosti predovšetkým ako pracovníci v pracovnom pomere k socialistickej organizácii. V zmysle ustanovenia § 242 ods. 1, písm. a) Zákonníka práce z roku 1965 bol neplatným právny úkon, ktorý sa svojim účelom alebo obsahom priechil zákonu alebo zákon obchádzal, alebo sa inak priechil záujmom spoločnosti.

Na základe viacerých noviel Zákonníka práce z roku 1965 prijatých v prvej polovici 90. rokov 20. storočí boli o.i. upravené ustanovenia obsahujúce slovné spojenie „záujem spoločnosti“, pričom uvedený pojem bol vo väčšine prípadov vypustený z textu citovaného kódexu bez náhrady.

5. Dobré mravy v kontexte hospodárskeho práva

Predmetom úpravy Hospodárskeho zákonníka prijatého v roku 1965 bola úprava socialistických trhových vzťahov, resp. úprava „vzťahov vznikajúcich pri riadení národného hospodárstva a pri hospodárskej činnosti socialistických organizácií.“²⁹ Zvláštnosťou je, že Hospodársky zákonník na dlhé obdobie nahradil pojem „obchodné právo“ pojmom „hospodárske právo“. Zároveň bol prvou samostatnou normou regulujúcou oblasť

²⁹ Vojáček, L., Schelle, K. – Právní dejiny na území Slovenska. Ostrava: KEY publishing, s.r.o., 2007, s. 407

hospodárskeho, resp. obchodného práva. Začiatkom 90. rokov 20. storočia však bol nahradený novým obchodnoprávnym kódexom – Obchodným zákonníkom publikovaným v Zbierke zákonov pod č. 513/1991 Zb.

Aj Hospodársky zákonník (podobne ako ďalšie z už zmienených súkromnoprávných kódexov) implementoval do svojich ustanovení pojem „záujem spoločnosti“. Dôkazom toho je napríklad ustanovenie § 25 Hospodárskeho zákonníka, v zmysle ktorého bolo potrebné akýkoľvek právny úkon vykladať v súlade so záujmom celej spoločnosti na rozvoji národného hospodárstva a v súlade s požiadavkami súdružskej spolupráce socialistických organizácií. V zmysle ustanovenia § 91 ods. 2 Hospodárskeho zákonníka, ak to vyžadoval dôležitý spoločenský záujem, mohli byť družstvá a ich vyššie organizácie zlúčené, prípadne zrušené rozhodnutím príslušného zväzu družstiev alebo Ústrednej rady družstiev.

6. Záver

Je nesporné, že „dobré mravy“ ako morálny princíp, bez ohľadu na spôsob vyjadrenia v právnej norme, boli relevantným elementom normujúcim odvetvie skromného práva. Reprezentovali určitú potrebu spoločnosti regulovať právne vzťahy v súlade s princípmi dobovej morálky a prinášali tak do príslušných civilných kódexov nové prvky.

Literature:

- Čechotová, V. – Dobré mravy v slovenskom súkromnom práve. Bratislava: Miroslav Mračko EPOS, 2005
- Čechotová, V. – Charakteristika pojmu „dobré mravy“ v slovenskom súkromnom práve. Justičná revue, Ročník 2005, číslo 2, 2005, s. ...
- Čechotová, V. – Dobré mravy ako interpretačné a aplikačné pravidlo. Justičná revue. Ročník 2005, číslo 3, 2005, s. 342 – 347
- Češka, Z. a kol. – Československé rodinné právo. Bratislava: Obzor, 1986
- Češka, Z., Kabát, J., Ondřej, J., Švestka, J. a kol. – Občanský zákoník. Komentár. 1. diel. Praha: PANORAMA, 1987
- Fajnor, V., Zátorecký, A. – Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi. 3. vydanie, Šamorín: Heuréka, 1998
- Kabát, J., Quotidian, M., Zátorecký, P. – Občiansky zákoník a súvisiace predpisy. Komentár. 2. doplnené vydanie. Bratislava: Obzor, 1980
- Kuklík, J. a kol. – Vývoj česko-slovenského práva 1945 – 1989. Praha: LINDE, 2009
- Lazar, J. – Občianske právo hmotné. 1. zväzok. 2. vydanie. Bratislava: IURA EDITION, 2003
- Malý, K. – Dejiny českého a česko-slovenského práva do roku 1945. Praha: Linde, 1997

- Pavelková, B., Kubíčková, G., Čechotová, V. – Zákon o rodině. Komentár s judikaturou. Šamorín: HEURÉKA, 2005
- Radimský, J., Radvanová, S. – Zákon o rodině. Komentár. Praha: PANORAMA, 1989
- Salač, J. – Rozpor s dobrými mravmi a jeho následky v civilním právu. 2. vydanie. Praha: C. H. BECK, 2004
- Schelleová, I., Schelle, K. – Civilní kodexy. 1811 – 1850 – 1964. 1. vydanie. Brno: Masarykova univerzita. Edícia učebníc právnické fakulty.
- Špaček, V. - Projevy vůle a právní úkony v občanském právu. 1953
- Štefanko, J. – Prvý Občiansky zákonník. Platný od roku 1951 do roku 1964. S dôvodovou správou a so súvisiacimi predpismi zameranými na vecné právo. Šamorín: HEURÉKA, 1999
- Vojáček, L., Schelle, K. – Právní dejiny na území Slovenska. Ostrava: KEY publishing, s.r.o., 2007

Contact – email

kristina.balisova@gmail.com

DOBŘÁ VÍRA TŘETÍ OSOBY V EXEKUČNÍM ŘÍZENÍ

RADOVAN DÁVID

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Brno

Abstract in original language

Příspěvek se věnuje základnímu principu exekučního řízení, kterým je ochrana třetích osob. Tento princip je vyjádřen možností podat vylučovací žalobu, resp. návrh na vyškrtnutí věci ze soupisu, v těch případech, kdy dojde k neoprávněnému zásahu do práva nepřipouštějícího výkon rozhodnutí. Cílem příspěvku je zodpovědět otázku, zda do této kategorie lze rovněž zařadit držbu, resp. neoprávněnou držbu.

Key words in original language

Exekuční řízení; držba; dobrá víra; vylučovací žaloba.

Abstract

This article deals with the elementary principles of the executory proceedings, especially with the protection of the third parties. This principle is connected with the possibility of taking of motion to exclude the thing from the list. The right to exclude the thing must be proofed. The aim of this article is to answer the question, whether the right of possession may be also protected by the motion to exclude the thing from the list.

Key words

Executory proceedings; possession; good faith; motion to exclude the thing from the list.

Exekuční řízení je ovládáno základními pravidly, která vyjadřují zejména požadavek zákonnosti výkonu rozhodnutí. Vedle toho je však velmi významným rovněž pravidlo, že exekuce smí být vedena pouze proti majetku povinného subjektu. Z uvedeného tedy vyplývá jeden z vůdčích principů exekučního řízení, kterým je ochrana třetích osob.

Ochrana třetích osob nachází své praktické uplatnění rovněž v českém právním řádu, avšak také v právních řádech zahraničních, typicky německém, rakouském, slovenském, či ruském. V procesních předpisech těchto zemí se lze setkat se základním prostředkem ochrany třetích osob, kterým je vylučovací žaloba. V české právní úpravě navíc také s vyškrtnutím věci ze soupisu dle § 68 exekučního řádu, proto další úvahy budou uplatnitelné rovněž pro tento prostředek ochrany třetích osob.

Dle ustanovení § 267 občanského soudního řádu platí, že k podání vylučovací žaloby je oprávněna osoba, která tvrdí, že má k exekvovanému majetku právo nepřipouštějící výkon rozhodnutí. Žalobní petit takové žaloby je pak formulován co do nepřipustnosti exekuce.

Do dnešních dnů zůstává spornou otázka, která práva je možno řadit do kategorie práv nepřipouštějících výkon rozhodnutí. Zajisté se bude jednat o práva majetkové povahy, neboť vylučovací žaloba chrání majetek třetí osoby, avšak není zřejmé, o která konkrétní majetková práva se jedná.

V současné době není jednoznačné, zda je k podání vylučovací žaloby oprávněn držitel věci, resp. zda se ochrana třetích osob dotýká oprávněných a neoprávněných držitelů. I z toho důvodu lze pak velmi zprostředkovaně a nepřímo hovořit o ochraně dobré víry třetí osoby v exekučním řízení.

Na držbu věci je možno nazírat ze dvou pohledů. Držba je jednak vnímána jako faktický stav, jednak jako samostatné právo.¹ V publikacích některých německých autorů se z toho důvodů držba ani mezi práva nepřipouštějící výkon rozhodnutí neřadí, neboť není považována za právo. K držbě se vyjadřuje např. Spáčil, který uvádí, že „spor o povahu držby nebyl plně rozhodnut do dnes, přesto se zdá, že oprávněné držbě je třeba přiznat charakter subjektivního práva.“² Fiala³ naopak uvádí, že držba je ekonomickým jevem a nachází své vyjádření v právních normách. Z toho pak činí závěr, že držba je právním vztahem, jehož obsahem je subjektivní právo držby. Opačně se však k držbě staví Mruzek, podle nějž „držba věci není právem, nýbrž jde jen o faktický stav a není proto žalobním důvodem pro vylučovací žalobu.“⁴

Němečtí procesualisté s k ochraně držby v exekučním řízení rovněž staví velmi rezervovaně. Konkrétně se lze setkat s názorem Schmidta⁵, že „jestliže držba není právem, nemůže být ani důvodem k podání vylučovací žaloby.“ V německé praxi se však lze setkat s ochranou držby v exekučním řízení, a to na základě argumentu, že výkon rozhodnutí smí být veden jen proti majetku povinného. Tento závěr je zřejmý např. z díla Lackmanna⁶, který dochází k závěru, že oprávněnou držbu lze řadit mezi práva

¹ Více viz např. SPÁČIL, J. *Ochrana vlastnictví a držby v občanském zákoníku*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005, s. 213 a násl.

² ŠVESTKA, J., JEHLÍČKA, O., ŠKÁROVÁ, M., SPÁČIL, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 10. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 516.

³ FIALA, J. a kol. *Občanské právo hmotné*. 3. vydání. Brno: Doplněk, 2002, s. 161.

⁴ MRUZEK, K. *Některé určovací žaloby vlastnictví*. Právní praxe, ročník 1996, č. 2, s. 72.

⁵ RAUSCHER, T., WAX, P., WENZEL, J. *Münchener kommentar zur Zivilprozessordnung mit gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*. 3. vyd. Mnichov: C.H.Beck, 2007. [cit. 2010-10-12]. Dostupné z <www.beck-online.de>.

⁶ MUSIELAK, H. a kol. *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit gerichtsverfassungsgesetz*. 7. vyd. Mnichov: Verlag Franz Valen, 2009. [cit. 2010-12-12]. Dostupné z <www.beck-online.de>.

nepřipouštějící výkon rozhodnutí. A contrario lze tedy uzavřít, že odmítá ochranu držby neoprávněné. Stejně závěry činí Brox a Walker.⁷

Držbu lze charakterizovat na základě dvou pojmových znaků, kterými jsou faktické ovládnání věci a nakládání s věcí jako s věcí vlastní. To ostatně potvrzuje i znění současného § 129 občanského zákoníku. Na stejném místě je pak rozlišována držba oprávněná, tedy držba v dobré víře, a držba neoprávněná.

Držba je řazena do kategorie věcných práv, která jsou ze své podstaty absolutní povahy. Z toho vyplývá, že subjektivnímu právu držby odpovídá povinnost předem neurčeného počtu subjektů respektovat držbu a nezasahovat do ní (působí erga omnes). Tento zákaz je rovněž uložen státu, ať je již v řízení vyjádřen činností civilních soudů nebo soudních exekutorů. Jedinou výjimkou, kdy je přípustný zásah do držby, je situace, kdy by exekuce byla vedena proti majetku vlastníka věci. V tomto případě je vlastnické právo právem „silnějším“.

Jiná je však otázka, zda stejnou ochranu bude požívat rovněž držitel neoprávněný. Z dikce zákona, tedy ustanovení § 130 odst. 2 občanského zákoníku, lze vyvodit, že oprávněný držitel má stejné prostředky ochrany jako vlastník věci. Z toho lze a contrario dovodit, že takový stupeň ochrany nesvědčí držiteli neoprávněnému. Je však důležité upozornit, že ustanovení § 130 odst. 2 je ustanovením hmotněprávní, nikoliv procesní povahy. Naproti tomu exekuční postižení věci je zásahem procesním a ochrana třetí osoby je zajištěna výlučně cestou procesních prostředků.

Z toho své závěry odvozují např. Fiala, Rubeš nebo Macur. Dle Fialy⁸ není rozhodné, zda se jedná o ochranu držitele oprávněného, či neoprávněného. Rubeš⁹ a Macur¹⁰ hovoří pouze o ochraně držby. Vzhledem k tomu, že výslovně nehovoří o držbě oprávněné či neoprávněné, lze usuzovat, že vylučovací žalobou je dle nich chráněn rovněž držitel neoprávněný. Naproti tomu Drápal¹¹ uzavírá, že právě z ustanovení § 130 odst. 2 občanského zákoníku je nutno učinit závěr o nemožnosti poskytnout ochranu neoprávněnému držiteli.

⁷ BROX, H., WALKER, W. *Zwangsvollstreckungsrecht*. Mnichov: Carl Heymanns Verlag, 2008, s. 644.

⁸ Tamtéž, s. 65.

⁹ RUBEŠ, J. a kol. *Komentář k občanskému soudnímu řádu. Díl třetí*. Praha: ORBIS, 1960, s. 122.

¹⁰ MACUR, J. *Kurs občanského práva procesního. Exekuční právo*. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 120.

¹¹ KURKA, V., DRÁPAL, L. *Výkon rozhodnutí v soudním řízení*. Praha: Linde, 2004, s. 828.

Co se týče výše uvedeného příkláním se k závěru Fialy. V exekčním řízení dochází k procesnímu zásahu do práv třetích osob, nikoliv k zásahu hmotněprávnímu. Navíc se jedná o zdůraznění pravidla, že exekucí smí být dotčen pouze majetek povinného. Vzhledem k tomu, že rozhodnutí o vylučovací žalobě nepůsobí žádné následky v rovině práva hmotného, nejsou případné obavy o omezení vlastníka věci nijak důvodné.

Literature:

- SPÁČIL, J. Ochrana vlastnictví a držby v občanském zákoníku. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005
- FIALA, J. a kol. Občanské právo hmotné. 3. vydání. Brno: Doplněk, 2002
- ŠVESTKA, J., JEHLIČKA, O., ŠKÁROVÁ, M., SPÁČIL, J. a kol. Občanský zákoník. Komentář. 10. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006
- MRUZEK, K. Některé určovací žaloby vlastnictví. Právní praxe, ročník 1996, č. 2
- RAUSCHER, T., WAX, P., WENZEL, J. Münchener kommentar zur Zivilprozessordnung mit gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. 3. vyd. Mnichov: C.H.Beck, 2007. [cit. 2010-10-12]. Dostupné z <www.beck-online.de>
- MUSIELAK, H. a kol. Kommentar zur Zivilprozessordnung mit gerichtsverfassungsgesetz. 7. vyd. Mnichov: Verlag Franz Valen, 2009. [cit. 2010-12-12]. Dostupné z <www.beck-online.de>
- BROX, H., WALKER, W. Zwangsvollstreckungsrecht. Mnichov: Carl Heymanns Verlag, 2008
- RUBEŠ, J. a kol. Komentář k občanskému soudnímu řádu. Díl třetí. Praha: ORBIS, 1960
- MACUR, J. Kurs občanského práva procesního. Exekční právo. Praha: C. H. Beck, 1998
- KURKA, V., DRÁPAL, L. Výkon rozhodnutí v soudním řízení. Praha: Linde, 2004

Contact – email

radovan.david@law.muni.cz

ÚLOHA DOBRÉ VÍRY A DOBRÝCH MRAVŮ VE SPOTŘEBITELSKÉM PRÁVU

EVA DOBROVOLNÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá institutem dobré víry a dobrých mravů a jejich úlohou ve spotřebitelském právu, zejména z pohledu výkladového problému § 56 odst. 1 občanského zákoníku, tedy v souvislosti se zakázanými ujednáními ve spotřebitelských smlouvách. Na obecný úvod k problematice navazují konkrétní praktické problémy. Nakonec jsou dobrá víra a dobré mravy ve spotřebitelském právu rozebrány i z pohledu komparativního v návaznosti na implementaci směrnicového práva v oblasti ochrany spotřebitele.

Key words in original language

ochrana spotřebitele, dobrá víra, dobré mravy, občanský zákoník

Abstract

The paper deals with the institute of good faith and good manners and their role in consumer law, particularly in view of the interpretative problem of § 56 subsection 1 of the Civil Code, namely in connection with prohibited terms in consumer contracts. The general introduction is followed by the concrete practical problems. Finally, the good faith and good manners in consumer law are discussed from a comparative perspective in relation to the implementation of the european directions on the consumer protection.

Key words

consumer protection, good faith, good manners, Czech Civil Code

1. Obecně

Terminologické problémy již tradičně provází právní vědu.¹ Dokonce by se dalo tvrdit, že jsou její imanentní součástí. K těmto problémům se zejména po vstupu České republiky do Evropské unie přidaly ještě problémy vzniklé nedůsledným či nepřesným překladem právních pojmů. O to důležitější je tedy role interpretace práva, která by měla tyto neduhy překlenout.

Dobrá víra a dobré mravy jako by byly již předurčeny k podobným problémům. Ačkoliv se snad bude čtenáři vzdělanému v oboru práva zdát zbytečné vymezení daných pojmů, dovolím si je přesto učinit. Zejména

¹ srov. např. podrobný terminologický rozbor pojmů právo, morálka a mrav v prvorepublikovém spise Dr. Vladimíra Kubeše *In* Kubeš, V. Smlouvy proti dobrým mravům. Brno-Praha: Orbis, 1933, s. 3-21

vzhledem k vymezení východiska k dalším úvahám a zasazení uvedených pojmů do spotřebitelského práva², neboť, jak uvidíme níže, ve spotřebitelském právu se jejich význam posouvá.

Dobrou vírou se rozumí objektivně posuzované vědomí jedince o souladu jednání s právem.³ Dobrá víra je tedy v kontextu českého práva kategorií subjektivní, ač objektivně posuzovanou a postrádá hodnotový základ. Dobré mravy jsou naproti tomu kategorií objektivní, jedná se o souhrn společenských, kulturních a mravních norem, jež v historickém vývoji osvědčují jistou neměnnost, vystihují podstatné historické tendence, jsou sdíleny rozhodující částí společnosti a mají povahu norem základních.⁴ Dobré mravy tedy vyjadřují hodnotové zaměření společnosti.

2. Výkladový problém § 56 odst. 1 občanského zákoníku

Ačkoliv tedy, jak vyplývá z uvedeného vymezení, se jedná o dva různé pojmy, český právní řád tuto skutečnost v ustanovení § 56 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“) nereфлекtuje. Protože se jedná o nepřesné použití termínů, vzniklé chybnou transpozicí směrnice 93/13/EHS, je třeba překlénout tuto terminologickou nepřesnost výkladem.

Obsahem předmětného ustanovení je zákaz takových ujednání ve spotřebitelských smlouvách, která v rozporu s požadavkem dobré víry znamenají k újmě spotřebitele značnou nerovnováhu v právech a povinnostech stran. Terminologický výraz „dobrá víra“ však úplně přesně nekoresponduje s tím institutem, který měla na mysli směrnice 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, jejíž transpozicí se uvedené ustanovení do občanského zákoníku dostalo. Pod pojmem dobrá víra ve smyslu tohoto ustanovení je nutno chápat mravní kategorii, která poskytuje korektiv nerovnovážnému právnímu vztahu mezi spotřebitelem a dodavatelem. Oficiální český překlad směrnice přitom zní „v rozporu s požadavkem přiměřenosti“.

Z uvedeného lze dovodit následující. Nejednalo by se o výkladový problém, kdyby pouze český zákonodárce zaměnil pojem dobré mravy pojmem dobrá víra. Výklad těchto pojmů je, jak výše uvedeno, v teorii a praxi víceméně ustálený. O výkladový problém však jde proto, že zákonodárce používá pojem „dobrá víra“ v rozporu s požadavkem, který na něj klade směrnice.

² Pojem „spotřebitelské právo“ je v textu používán v zažitém významu tohoto termínu – zahrnující jak soukromoprávní a veřejnoprávní národní právní úpravu, tak příslušné směrnice Evropské unie týkající se ochrany spotřebitele.

³ Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. et al. Občanský zákoník I. § 1 až 459. Komentář. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, s. 541

⁴ rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17.5.2001, sp. zn. 2 Cdo 263/2001

Nepřímý účinek směrnic má za následek, že takové ustanovení zákona, které je s ní v rozporu, je třeba vykládat ve světle směrnice, čímž lze tento problém vyřešit.

Dobrá víra, jakožto vědomí jedince o souladu jednání s právem, pojmově nemůže do ustanovení § 56 odst. 1 zapadat. Navíc v situaci, kdy dle judikatury Nejvyššího soudu dobrá víra slouží tomu, kdo se jí dovolává a ten je pak povinen nést o ní důkazní břemeno, což by důsledek důsledného uplatnění pravého významu tohoto pojmu mohl vést k jednání zakázaného směrnicí, a to nepřipustnému přenášení důkazního břemene na spotřebitele.

Pojem dobré víry by tedy bylo vhodnější nahradit přesnějším termínem. Pojem „dobré mravy“ dle § 39 OZ by tak jistě do uvedeného ustanovení zapadal lépe. Zásadní otázkou však nepochybně je, jak se k problému staví směrnice, na základě které se uvedené ustanovení dostalo do našeho občanského zákoníku. Ta, jak bylo naznačeno, používá termín „přiměřenost“. Z méně pochopitelného důvodu zákonodárce tento pojem nerefletoval, ačkoliv se významově zdá být nejpriléhavější. Účelem ustanovení je totiž zabránit tomu, aby spotřebitel souhlasil s podmínkou, která je v poměru ke konkrétnímu právnímu vztahu nepřiměřenou. Pojem dobrých mravů by, ačkoliv je snad významově blíže, byl příliš úzký, v konkrétní situaci totiž může teoreticky nastat případ, kdy je objektivně podmínka ve smlouvě v rozporu s dobrými mravy, ovšem na základě vyjednávacích pozic stran a okolností případu přiměřená.

Někteří autoři zastávají názor, že pojem dobrá víra je v daném kontextu pojmem vhodným, je však jej třeba vykládat v kontextu se spotřebitelskou politikou EU.⁵ Jiní považují kategorii dobré víry v daném ustanovení za „dobrou víru v objektivním smyslu, tedy jakousi generální klauzuli odkazující na jisté obecné morální hodnoty“⁶ a tuto odlišují od dobré víry v subjektivním smyslu, která představuje dobrou víru tak, jak bylo vyličeeno výše a uplatňující se např. při vydržení.⁷

Je tedy otázkou, jak se s daným terminologickým a posléze i výkladovým problémem vyrovnat. Dle mého názoru by bylo nejjednodušší použít pojem užitý směrnicí 93/13/EHS, čímž by se zabránilo případným výtkám Evropské komise k implementaci směrnice a bylo by dosaženo výkladového prostoru, který byl směrnicí zamýšlen, neboť nelpí na posuzování smluvní podmínky na základě dobrých mravů či dobré víry, nýbrž na základě

⁵ např. Forte, A.D.M. Good faith in contract and property. Oregon : Hart Publishing, 1999, s 183

⁶ Tégl, P. Poctivost a důvěra jako dobrá víra v objektivním smyslu – terminologický problém. In Pauknerová, M., Tomášek, M. Proměny soukromého práva. Praha : Karolinum, 2009, s. 101

⁷ § 34 OZ

přiměřenosti, čímž je možné mnohem více reflektovat aktuální vyjednávací postavení smluvních stran při jednáních o smluvních podmínkách.

Nutno podotknout, že s rozebíranou situací se uspokojivě vyrovnal Návrh nového občanského zákoníku, který používá v § 1782 pojem „v rozporu s požadavkem přiměřenosti“.

3. Relativní versus absolutní neplatnost

Závažnější než terminologický problém vyvolávala spíše skutečnost, že občanský zákoník nepřiměřená ujednání ve smlouvách považoval pouze za relativně neplatná, čili závislá na dovolání se ze strany spotřebitele (§ 40a). Novelou občanského zákoníku provedenou zákonem č. 155/2010 Sb., kterým se mění některé zákony ke zkvalitnění jejich aplikace a ke snížení administrativní zátěže podnikatelů,⁸ byla relativní neplatnost nahrazena neplatností absolutní tak, jak to vyžadovala Komise Evropské unie na základě výkladu směrnice č. 93/13/EHS a příslušná judikatura Evropského soudního dvora např. ve věci *Murciano Quintero* ⁹. S politováním lze však konstatovat, že návrh nového občanského zákoníku se vrací k relativní neplatnosti nepřiměřených smluvních podmínek (§ 1784).

Privítat naopak lze, že návrh nového občanského zákoníku nevylučuje použití ustanovení o nepřiměřených smluvních podmínkách na ujednání vymezující předmět plnění smlouvy nebo jeho cenu, pokud budou nejasná a nesrozumitelná.

4. Role způsobu sjednání nepřiměřené smluvní podmínky

Působnost aplikace ustanovení o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách na veškeré spotřebitelské smlouvy nebo jen na ty sjednané adhézním, či ve směrnicové terminologii individuálním způsobem, je další častou diskusní otázkou. V této oblasti OZ poskytuje vyšší standard než směrnice, neomezuje nijak použití ustanovení o nepřiměřených podmínkách, což je samozřejmě v souladu se směrnicí, neboť ta umožňuje členskému státu, aby standard ochrany spotřebitele zvýšil. Směrnice sama totiž omezuje použitelnost ustanovení o nepřiměřených smluvních podmínkách pouze na ty, které nebyly sjednány individuálním způsobem. Členské státy se s daným ustanovením směrnice vyrovnaly různě. Např. ustanovení zakotvující neplatnost nepřiměřené smluvní podmínky spočívající v oprávnění dodavatele odstoupit od smlouvy bez dostatečného zákonného nebo smluvního důvodu platí v rakouském

⁸ Ke změnám, které novela přinesla blíže Selucká, M. Ochrana spotřebitele: nenápadná změna se zásadními dopady. *Právní rozhledy*. 2010, č. 14, s. 513-517

⁹ rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 27.6.2000, sp. zn. C-240-244/98 ve věci *Murciano Quintero*, ukládající členským státům zkoumat z moci úřední, nikoliv pouze na základě námitek spotřebitele, nepřiměřenost smluvních podmínek

právu pouze pro podmínky sjednané adhezně za situace, kdy se dodavateli nepodaří prokázat, že byly sjednány individuálně.¹⁰ Nepřiměřené smluvní podmínky tak jsou v rakouském právu rozděleny do dvou skupin - smluvní podmínky, které jsou nezávazné vždy (např. že dodavatel podmíní smlouvu nepřiměřeně dlouhou lhůtou pro jeho přijetí nebo odmítnutí návrhu spotřebitele) a smluvní podmínky, které jsou nezávazné v případě, že dodavatel neprokáže, že byly sjednány individuálně (např. taková smluvní podmínka, která vylučuje odpovědnost dodavatele za náhradu škody způsobené na věci, která mu byla svěřena spotřebitelem).

5. Návrh horizontální směrnice o právech spotřebitelů¹¹

Návrh horizontální směrnice o právech spotřebitelů je revizí 4 zásadních „spotřebitelských“ směrnic¹², mimo jiné i směrnice o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách. Otázka rozebíraná v tomto příspěvku však nespadá do jejího rozsahu. Institut dobré víry se však na jednom místě ve směrnici objevuje. Jedná se o čl. 2 odst. 14, který definuje pojem „náležitá profesionální péče“. Touto se rozumí „úroveň zvláštních dovedností a péče, kterou lze od obchodníka ve vztahu ke spotřebiteli rozumně očekávat a která odpovídá poctivým obchodním praktikám a/nebo obecné zásadě dobré víry v oblasti obchodníkovy činnosti“. Není pochyb, že i zde je pojem „dobrá víra“ myšlen v širším kontextu než v jeho významu obvyklé chápáním v českém právním prostředí, tedy jako subjektivního psychického stavu jednatelů. Institut dobré víry v citovaném ustanovení horizontální směrnice je třeba posuzovat jako kategorii mravní, resp. jak uvádí P. Tégl kategorii mravních (morálních) pravidel mezilidského styku, čili v jejím objektivním smyslu.¹³ S tímto názorem se plně ztotožňuji.

6. Nemravná výše smluvní pokuty ve spotřebitelských vztazích a rozhodčí doložky

Praxe občanského práva v oblasti ochrany spotřebitele v poslední době ukázala potřebu výkladu a aplikace institutu dobrých mravů v souvislosti s výší smluvní pokuty a rozhodčími doložkami.

¹⁰ k tomu § 6 odst. 2 Konsumentenschutzgesetz (rakouský zákon o ochraně spotřebitele)

¹¹ ke stažení např. na <http://www.mpo.cz/dokument52420.html>

¹² směrnice 85/577/EHS o smlouvách uzavřených mimo obchodní prostory, směrnice 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, směrnice 97/7/EHS o smlouvách uzavřených na dálku a směrnice 1999/44/EHS o prodeji spotřebního zboží na dálku

¹³ Tégl, P. Poctivost a důvěra jako dobrá víra v objektivním smyslu – terminologický problém. In Pauknerová, M., Tomášek, M. Proměny soukromého práva. Praha : Karolinum, 2009, s. 101

Otázka výše smluvní pokuty odporující dobrým mravům ve smyslu § 39 OZ byla řešena v rozhodovací praxi Nejvyššího soudu v četných rozhodnutích. Pro představu uveďme některá významnější rozhodnutí.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27.4.2006 sp. zn. 33 Odo 938/2004 spíše než uvedením konkrétní výše smluvní pokuty, která by mohla být považována za nemravnou použil argumentaci institutem přiměřenosti, když konstatoval, že „ujednání, jímž se zájemce ve zprostředkovatelské smlouvě zaváže zaplatit zprostředkovateli smluvní pokutu v případě, že odmítne uzavřít smlouvu s nabyvatelem, jehož zprostředkovatel obstaral, ač byly splněny všechny jím požadované podmínky, neodporuje dobrým mravům, byla-li sjednána v přiměřené výši.“ Toto rozhodnutí reflektuje skutečnost, že ne vždy musí být smluvní pokuta v určité výši považována bez dalšího za neplatnou. Hledisko přiměřenosti umožňuje velice efektivně zohlednit vyjednávací postavení stran a konkrétní okolnosti daného případu.

Naopak v rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 30.5.2007, sp. zn. 33 Odo 438/2005 byla konstatována konkrétní výše smluvní pokuty, která se v rozhodovací praxi Nejvyššího soudu ustálila: „Zatímco smluvní pokuta sjednaná ve výši zhruba 0,5 % denně z dlužné částky je posuzována jako platné ujednání, které je v souladu s dobrými mravy, ujednání o smluvní pokutě ve výši 1 % denně je považováno za neplatný právní úkon.“

Ačkoliv se v daných rozhodnutích opírá Nejvyšší soud o argumentaci § 3 odst. 1, případně § 39 OZ, domnívám se, že by se stejně tak, ne-li vhodněji, dalo argumentovat i § 56 odst. 1 OZ, neboť i ujednání o smluvní pokutě lze považovat za smluvní podmínku. Je potom otázkou, zda je § 56 odst. 1 OZ tak jako §§ 3 odst. 1 a 39 OZ ustanovením obecným nebo ustanovením k nim speciálním. Na vztah § 39 OZ a § 56 odst. 1 OZ existují odlišné názory. Někteří autoři je považují za ustanovení obecná¹⁴, jiní usuzují naopak, že ustanovení § 56 odst. 1 OZ je vůči ustanovení § 39 OZ ustanovením speciálním.¹⁵ Osobně se ztotožňuji s posledně uvedeným názorem. Systematikou zákona díky chaotickému uspořádání ustanovení o spotřebitelských smlouvách v OZ a chaotické uspořádání speciálních a obecných ustanovení spotřebitelského práva v ustanoveních § 51a až 56 OZ k přesvědčivé argumentaci o generálnosti a speciálnosti předmětných ustanovení dojít nelze. Vycházet se však dá z omezené osobní působnosti ustanovení spotřebitelských smluv, které se vztahují dle § 52 OZ na smlouvy, kdy na jedné straně stojí dodavatel a na druhé spotřebitel. Ustanovení § 39 OZ se pak vztahuje na všechny fyzické a právnické osoby a stát, jedná-li se o jejich majetkové vztahy, pokud je neupravují jiné zákony

¹⁴ Hulmák, M. In Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol. Občanský zákoník I. § 1 až 459. Komentář. 2. vydání. Praha : C.H.Beck, 2009, s. 542

¹⁵ Selucká, M. Občanský zákoník. Velký akademický komentář. Praha : Linde Praha, 2008, s. 382

(§ 1 odst. 2 OZ). Z tohoto důvodu se přikláním k názoru, že je § 56 odst. 1 OZ ustanovením obecným vůči § 39 OZ. Většinou bude nepřiměřená smluvní podmínka zasahovat jak rozsah § 39, tak § 56 odst. 1 OZ. Nicméně při těchto úvahách je však třeba brát v potaz skutečnost, že dosah § 56 odst. 1 OZ je širší než dosah § 39 OZ. Ustanovení § 56 odst. 1 OZ stanoví mravní kategorii (dobrá víra) je širší a je třeba jej vykládat v duchu směrnice a doplnit požadavkem přiměřenosti. Proto se může stát, že smluvní podmínka bude neplatná pouze pro svou nepřiměřenost dle § 56 odst. 1 OZ a nikoliv pro rozpor s dobrými mravy dle § 39 OZ.

Pokud pak jde o rozhodčí doložky ve spotřebitelských smlouvách, jedná o otázku velice frekventovanou a na výsost praktickou. Úvahy o vztahu rozhodčích doložek a institutů dobré víry a dobrých mravů ve spotřebitelských smlouvách jsou zejména determinovány iniciativami orgánů Evropské unie, které se k rozhodčím doložkám ve spotřebitelských smlouvách nestaví odmítavě, spíše naopak,¹⁶ ovšem vyžadují naplnění určitých kritérií a zásad, která zaručují rovnováhu sporných stran v rozhodčím řízení.¹⁷ V úvahu proto rozhodně nepadají teoretické či praktické názory, že sjednávání rozhodčích doložek ve spotřebitelských smlouvách je v rozporu s dobrými mravy a jako takové způsobuje jejich absolutní neplatnost. Sjednávání rozhodčích doložek ve spotřebitelských smlouvách tedy možné je, přičemž spotřebitele v tomto ohledu chrání právě ustanovení § 56 odst. 1 OZ, dle kterého by rozhodčí doložky mohly být posuzovány jako nepřiměřené smluvní ujednání.

Situace by byla o poznání jasnější, kdyby zákonodárce důsledněji transponoval směrnici o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách do našeho právního řádu. Za jednu z nepřiměřených podmínek totiž považuje směrnice takovou smluvní podmínku, která zbavuje spotřebitele práva podat žalobu nebo použít jiný opravný prostředek, zejména umožňující požadovat na spotřebiteli, aby předkládal spory výlučně rozhodčímu soudu, na který se nevztahují ustanovení právních předpisů, nebo bránění uplatnění tohoto práva, nepřiměřené omezování důkazů, které má spotřebitel k dispozici, nebo ukládání důkazního břemene, které by podle použitelných právních předpisů mělo příslušet druhé smluvní straně, spotřebiteli.¹⁸ Tato nepřiměřená smluvní podmínka však v demonstrativním výčtu § 56 odst. 3 OZ obsažena není.

¹⁶ Zelená kniha o alternativních způsobech řešení sporů v oblasti občanského a obchodního práva (COM(2002)196)

¹⁷ doporučení Komise 98/257/ES

¹⁸ příloha směrnice 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, odst. 1 písm. q), dostupná v českém překladu na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:CS:HTML>

6. Úloha dobré víry a dobrých mravů ve spotřebitelském právu - závěr

Z uvedeného textu lze vyvodit několik závěrů o úloze dobré víry a dobrých mravů ve spotřebitelském právu.

Instituty dobré víry a dobrých mravů ve spotřebitelském právu je třeba vykládat modifikovaně, odlišně od jejich obecného chápání v českém soukromém právu.

Institut dobré víry, který zákonodárce použil v ustanovení § 56 odst. 1 OZ je nutno vnímat modifikovaně a oprostít se od zažitě představy českého práva o významu tohoto institutu. Úlohou dobré víry jako mravní kategorie ve spotřebitelském právu je vyrovnání nerovnovážných právních pozic mezi dodavatelem a spotřebitelem. Jejím účelem je zabránit platnosti a tím preventivně i sjednávání nepřiměřených smluvních podmínek, které takovou nerovnováhu způsobují.

Institut dobrých mravů plní ve spotřebitelském právu funkci korektivu, který má užší aplikační dosah oproti institutu dobré víry ve smyslu § 56 odst. 1 OZ. Ustanovení § 39 OZ je k ustanovením obecným k § 56 odst. 1 OZ.

Uplatnění institutů dobrá víra a dobré mravy je třeba při posuzování toho, zda je smluvní podmínka platná či neplatná, konfrontovat požadavkem přiměřenosti ve smyslu směrnice o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, neboť je třeba ustanovení § 56 odst. 1 OZ vykládat eurokonformně. Při posuzování přiměřenosti či nepřiměřenosti smluvní podmínky je třeba brát v potaz vyjednávací pozice stran a míru rovnovážnosti spotřebitelského právního vztahu.

Literature:

- Forte, A.D.M. Good faith in contract and property. Oregon : Hart Publishing, 1999, s. 183
- Hulmák, M. In Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol. Občanský zákoník I. § 1 až 459. Komentář. 2. vydání. Praha : C.H.Beck, 2009, s. 541-542
- Kubeš, V. Smlouvy proti dobrým mravům. Brno-Praha: Orbis, 1933, s. 3-21
- Selucká, M. Občanský zákoník. Velký akademický komentář. Praha : Linde Praha, 2008, s. 382

- Selucká, M. Ochrana spotřebitele: nenápadná změna se zásadními dopady. *Právní rozhledy*. 2010, č. 14, s. 513-517
- Tégl, P. Poctivost a důvěra jako dobrá víra v objektivním smyslu – terminologický problém. In Pauknerová, M., Tomášek, M. *Proměny soukromého práva*. Praha : Karolinum, 2009, s. 101

Contact – email

dobrovolna.eva@mail.muni.cz

DOBRÁ VÍRA A DOBRÉ MRAVY V ZÁVAZKOVÝCH VZTAZÍCH¹

LENKA DOUBRAVOVÁ

Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno

Abstract in original language

Cílem předkládaného konferenčního příspěvku je analyzovat důležitost dobrých mravů a dobré víry v závazkovém právu. Práce se soustředí zejména na rozhodovací praxi českých soudů v této oblasti a srovnává českou legislativu se zahraničními úpravami. Příspěvek je zaměřen hlavně na předmluvní fázi kontrakčního procesu. Závěrem se snaží analyzovat vliv dobrých mravů a dobré víry na aktuální právní předpisy.

Key words in original language

Dobré mravy; dobrá víra; závazky; právo.

Abstract

The present conference paper analyses the actual importance of good manners and good faith in obligation law. It focuses mainly on the decisions of Czech courts and compares the national legislation with foreign codes. The article deals especially with the precontractual phase of contraction process. Finally it tries to analyze the impact of good manners and good faith on the actual legislation.

Key words

Good manners; good faith; obligation; law.

Úvod

*Dobrá víra*² je psychická kategorie, kterou je nutno odlišovat od zavinění. V dobré víře není ten, kdo věděl (rozpoznal), nebo se zřetelem k okolnostem případu vědět měl, jaký je právní stav.

*Dobré mravy*³ jsou právně významnou hodnotou v právu poměřující právní normy a jejich realizaci buď s mravním smyslem právní úpravy, nebo s ekvitou chápanou buď rovněž jako mravnost, nebo jako požadavek rovných pozic účastníků právních vztahů. Dobré mravy svým významem nabývají

¹ Článek vznikl v rámci grantu Předmluvní odpovědnost a její východiska MUNI/A/1010/2010.

² Podle Hendrych, D. et al: Právnický slovník, 3.vyd. Praha, C.H.Beck, 2009.

³ Tamtéž.

významu základní zásady⁴ soukromého práva. Posouzení konkrétního obsahu pojmu dobré mravy náleží soudci aplikujícímu právo. Některé západoevropské právní řády, ale i evropské projekty soukromého práva, namísto principu dobrých mravů v podobném významu užívají principů dobré víry (Good Faith), poctivého obchodního styku (Fair Dealing), rozumnosti (Reasonableness), případně jiných.

Odras dobré víry a dobrých mravů v české judikatuře

Jak plyne nejen z definic uvedených výše, ale i z rozhodovací praxe soudů, kategorie dobrých mravů a dobré víry ovlivňuje náš právní řád dvěma způsoby:

1. Předně se jedná korektiv určitého žádoucího jednání, přičemž toto je specifikováno obecnými neurčitými pojmy typu "dobrá víra" *přímo v textu právní normy*. V právu občanském lze tento projev najít např.⁵ u oprávněné držby, nabytí vlastnického práva (práva odpovídajícího věcnému břemeni) vydržením, u nabytí vlastnictví od nepravého dědice a při stanovení rozsahu povinnosti k vydání bezdůvodného obohacení. V právu obchodním (resp. závazkovém) se jedná např. o vztahy s obchodním zástupcem, kdy je zastoupený povinen jednat poctivě a v dobré víře nebo u převádění náložního lisu rubopisem.

2. Zadruhé (a to již zajímavější kategorie) jde o *korektiv daný rozhodovací praxí soudů*. Zajímavý je například v této souvislosti koncept tzv. předsmluvní odpovědnosti. Byť tato není explicitně naším právním řádem v současné době regulována, vyvozuje se z četných ustanovení občanského či obchodního zákoníku či obecných principů právních. Mimo jiné je možné ji vyvodit ze zásady jednání v souladu s dobrými mravy. Jednání v rozporu s dobrými mravy⁶ je klasicky chápáno jako šikanózní výkon práva. Nejčastěji půjde o případy, kdy jedna ze stran vstupuje do procesu vyjednávání smlouvy bez úmyslu smlouvu uzavřít, tedy pouze s úmyslem způsobit druhé straně újmu. Odpovědnost za škodu podle ustanovení § 424 občanského zákoníku vzniká ale pouze v případě, kdy škůdce jedná úmyslně. Tato skutečnost ostatně plyne i z judikatury Nejvyššího soudu⁷.

⁴ Tak tomu bylo již v římském právu, kdy byly dobré mravy i dobrá víra považovány za zásady. K této otázce blíže příspěvek M. Frýdka v tomto sborníku pod názvem Dobrá víra v kontraktním procesu.

⁵ Jak uvádí Hendrych, D. et al: Právní slovník, 3.vyd. Praha, C.H.Beck, 2009

⁶ Hulmák, M.: Uzavírání smluv v civilním právu, Praha: C.H.Beck, 2008, 203 stran, ISBN 978-80-7400-062-1.

⁷ Např. Nejvyšší soud, 29 Odo 1166/2004, R 82/2007 civ.

Zahraniční právní úpravy

Zajímavé je rovněž analyzovat problematiku předsmulvni odpovědnosti v jiných právních úpravách.

*Švýcarská právní teorie*⁸ dedukuje z pravidla dobré víry, že strany, které vstupují do předsmulvni vyjednávání, mají jisté povinnosti. Strany si mohou samozřejmě dohodou upravit i předsmulvni pravidla jako např. dočasnou exkluzivitu (neboli závazek nevést jednání o uzavření smlouvy s jinou stranou), úplatu za některé úkony (například vypracování nabídky), ochranu důvěrných informací apod.

Judikatura švýcarských soudů rozlišuje čtyři předsmulvni povinnosti:

- a) Povinnost jednat vážně
- b) Povinnost informovat druhou stranu a radit ji
- c) Povinnost se sám informovat
- d) Povinnost jednat poctivě

Ve světle tématu dané sekce i mého příspěvku je v souvislosti s posledním bodem (tzn. povinnost jednat poctivě) vyvozeným judikaturou z pravidel dobré víry zajímavé, že se pod touto povinností rozumí neohrožovat druhou stranu, nevyvíjet na ni protiprávní nátlak, nešířit důvěrné informace a jednat v souladu s dobrými mravy. Dobré mravy a dobrá víra tedy hrají klíčovou roli i ve švýcarském právním řádu. Pro úplnost si dovolím dodat, že ani ve švýcarském právu není předsmulvni odpovědnost explicitně upravená, ale je dovozována a do jisté míry i dotvářena právě rozhodovací činností soudů.

*Francouzská právní úprava*⁹ v návaznosti na předsmulvni odpovědnost analyzovanou výše dle české i švýcarské právní úpravy rovněž zdůrazňuje, že proces směřující k uzavření smlouvy veden v dobré víře. Každá ze stran musí tedy řádně informovat předsmulvniho partnera a zejména nesmí prodlužovat kontraktační proces, pokud se již rozhodl smlouvu neuzavřít. V důsledku toho tedy strana, která ukončí proces směřující k uzavření smlouvy bez spravedlivého důvodu a náhle¹⁰ (například pouhým "prásknutím" telefonu) nejedná v dobré víře a dopustila se jednání, které zakládá odpovědnost. Zajímavostí je, že předsmulvni odpovědnost se dle francouzské právní teorie blíží odpovědnosti za brutální porušení slibu uzavřít manželství.

⁸ Tercier, P.: Le droit des obligations, Zurich: Schulthess Médias Juridiques SA, 2004, s. 123-126.

⁹ Légier, G.: Droit civil. Les obligations, Paříž: Éditions Dalloz, 2005, s. 29.

¹⁰ Francouzská právní teorie používá dokonce termín "brutálně".

*Libanonská právní teorie*¹¹ rovněž vyvozuje celý koncept předsmulvné odpovědnosti z principů dobré víry. V této souvislosti je ale nutné vrátit se jistou paralelou k samotnému úvodu mého příspěvku a zdůraznit, že právě libanonská doktrína dle mého názoru užívá dobré víry namísto principu dobrých mravů ve významu, jak uvádí Hendrych. Dokonce je zdůrazňována myšlenka tzv. oboustranné dobré víry. V souvislosti s libanonským právem je zajímavé zmínit, že judikatura není jednotná v tom, zda je předsmulvné odpovědnost založena na subjektivním či objektivním principu, teda zda je třeba dokazovat, že jedna ze stran nebyla v dobré víře.

I právní doktrína *Quebecu*¹² zdůrazňuje, že předsmulvné odpovědnost vychází z dobré víry, z níž je možné vyvodit několik povinností. Součástí dobré víry v této oblasti je zejména povinnost vzájemné loajality kontrahentů. Zajímavá je i myšlenka, že důležitost k respektu dobré víry záleží na stupni důvěrnosti, která existuje mezi stranami, často rovněž v souvislosti s délkou předsmulvného vyjednávání.

Závěr

S ohledem na výše uvedené je nepochybné, že dobré mravy a dobrá víra mají zásadní význam pro závazkové právo, resp. úžeji pro fázi uzavírání smluv. Byť je v některých případech korektiv dobrých mravů a dobré víry přímo v textu zákona, právě v oblasti předsmulvné odpovědnosti jsou tyto kategorie mimo jiné důvodem, že mohl být celý koncept teoreticky pevně uchopen, jelikož byl vyvozen právě z daných zásad.

Literature:

- Barcha, H.: Les obligation naissant des pourparlers. [online] [cit. 1.3.2011] www.juriscope.org/actu_juridiques/doctrine/liban/liban3.pdf
- Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P.: Kurs obchodního práva. Obchodní závazky, Praha: C.H.Beck, 2003, 603 stran, ISBN 80-7179-746-4.
- Blanc, V.: La responsabilité précontractuelle, perspectives québécoise et internationale. [online] [cit. 1.3.2011] <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/3228>.
- Doubravová, L.: Předsmulvné odpovědnost v závazkovém právu jako posílení autonomie vůle stran? COFOLA 2009: the Conference

¹¹ Barcha, H.: Les obligation naissant des pourparlers. [online] [cit. 1.3.2011] www.juriscope.org/actu_juridiques/doctrine/liban/liban3.pdf

¹² Blanc, V.: La responsabilité précontractuelle, perspectives québécoise et internationale. [online] [cit. 1.3.2011] <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/3228>.

Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8.

- Hendrych, D. et al: Právní slovník, 3.vyd. Praha, C.H.Beck, 2009.
- Hulmák, M.: Uzavírání smluv v civilním právu, Praha: C.H.Beck, 2008, 203 stran, ISBN 978-80-7400-062-1.
- Légiér, G.: Droit civil. Les obligations, Paříž: Éditions Dalloz, 2005, 221 stran, ISBN 2-247-06312-8.
- Rouiller, N.: Devoirs précontractuelles (culpa in contrahendo): L'identification exacte de leur violation et ses conséquences, Bulletin CEDIDAC no 45/2006, s. 1 a násl.
- Salač, J.: Culpa in contrahendo v českém právu?, Právní rozhledy 9/2002, s. 413.
- Tercier, P.: Le droit des obligations, Zurich: Schulthess Médias Juridiques SA, 2004, 385 stran, ISBN 3-7255-4843-9.

Contact – email

lenkadou@seznam.cz

DOBŘÁ VÍRA V KONTRAKTAČNÍM PROCESU¹

MIROSLAV FRÝDEK

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity, Katedra dějin státu a práva a
Ústav dovednostní výuky a inovace studia. Právnická fakulta, Univerzita
Palackého v Olomouci, Katedra teorie práva a právních dějin. Česká
republika

Abstract in original language

Předkládaný příspěvek se snaží monitorovat základní koncepci předsmulvní odpovědnosti v římském právu. V současné právní úpravě ani v římském právu nebyl tento institut explicitně upraven, ale s jeho zákonným zakotvením počíná návrh nového občanského zákoníku. Příspěvek se proto zaměřuje na základní prvky odpovědnosti a snaží se najít jeho východiska v právních i neprávních pramenech římského

Key words in original language

Předsmulvní odpovědnost, římské právo, odpovědnost, culpa in contrahendo, dobrá víra.

Abstract

The present conference paper analyses the basic concept of precontractual liability in the Roman law. Neither according to the actual Czech legislation nor the Roman law had explicit regulation of this institute. On the other hand, the precontractual liability is a part of new Czech civil code. That is why the article tries to focus on the basic elements of this liability and tries to and grounds in Roman legal and

Key words

Precontractual liability, Roman law, liability, culpa in contrahendo, good faith.

Dobrá víra

Dobrá víra je zásada či imperativ v jehož rámci má každý jednat. Základní tři příkazy římského práva jsou obsaženy v následujícím fragmentu, který se stal i např. heslem Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci. Tyto příkazy tedy zní: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum*

¹ Článek vznikl v rámci grantu Předsmulvní odpovědnost a její východiska MUNI/A/1010/2010.

non leadere, suum cuique tribuere - Příkazy práva jsou tyto: žít čestně, nepoškozovat jiné, každému dát to, co mu patří.²

Pojem *bona fides* – dobrá víra se velmi často vyskytuje jak v právních tak i neprávních pramenech římského práva. Tento pojem se snažila definovat i římská jurisprudence. Tento termín se však velmi těžce definuje, což vedlo k tomu, že byl termín *bona fides* definován opakem – *a contrario*, jako i jiné právní instituty³. Dobrá víra byla v praxi římských právníků opakem tzv. *mala fides* či *dolus malus*. Obecně lze říci, *bona fides* znamená absenci všech podvodů a nekalých jednání. Především absence všech podvodů, které jsou založeny na simulaci či předstírání.⁴

To jak se samo římské právo a jeho právníci nazírali na dobrou víru lze vyčíst z mnoha právních ustanovení. Například je dobrá víra jedním z pěti předpokladů vydržení. Velmi hezké definování dobré víry jako příkazu toho co se nesmí a co se přičí spravedlnosti a dobré víře je např. v 57. fragmentu, 17. titulu 50. knihy Digest:

Dig. 50.17.57 Gaius 18 ad ed. provinc. *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*

Překlad: Dobrá víra neumožňuje, aby bylo dvakrát vymáháno to stejné.

Další fragment, který můžeme nalézt v Digestech se týká smluv, které byly uzavřeny buď s účelem druhého kontrahenta podvést nebo je jeden z kontrahentů při kontraktaci v dobré víře (což většinou nastává současně), tedy je v přesvědčení, že nikomu svým jednáním nezpůsobuje škodu pak dochází k možnosti pasivní děditelnosti žaloby a ručení *in solidum*.

Dig. 50. 17.152. 3 Ulpianus 69 ad ed. *In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur.*

Překlad: Ve smlouvách, které byly provedeny podvodně nebo v dobré víře, tam je dědic odpovědný na celek (*in solidum*).

² Jde část fragmentu in.: Dig. 1, 1, 10 Ulpianus pr. libro primo regularum Iustitia est constans et perpetuum voluntas ius suum cuique tribuendi 1. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non leadere, suum cuique tribuere. 2. Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia. Spravedlnost je neměnná a soustavná vůle poskytovat každému jeho vlastní právo 1. Příkazy práva jsou tyto: žít čestně, nepoškozovat jiné, každému dát to, co mu patří. 2. Právní věda je znalost věcí božských a lidských, věda o spravedlivém a nespravedlivém.

³ Např. Just. Inst. 2, 10, 6 a Just. Inst. 2, 10, 10 – tyto fragmenty podávají výčet osob, které nemohou být testamentárními svědky a ne ty které svědky být mohou.

⁴ SMITH, W. A Dictionary of Greek and Roman Antiquities. London, 1875, str. 207

V římském právu byla kardinální otázka „Qualis actio?“, tedy jaká žaloba bude aplikována. S rozvojem hospodářských vztahů dochází k vytvoření bezformálních kontraktů, které jsou jednáními v dobré víře – *negotium bonae fidei*, a tyto vztahy jsou i chráněny žalobami v dobré víře – *actiones bonae fidei*. V těchto žalobách, jak se zmiňují např. Instituce císaře Justiniana, je dána pravomoc soudce rozhodnout podle zásad dobra a slušnosti – *ex bono et aequo*:

Inst. Just. 4, 6, 30 *In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debet.*

Překlad: Při žalobách v dobré víře se považuje za dané, že soudci je svěřena pravomoc rozhodnout podle dobra a slušnosti (*ex bono et aequo*), tedy kolik se má žalobci plnit.

O velké důležitosti, pro běžný život, právních vztahů chráněných žalobami v dobré víře se zmiňuje i Marcus Tullius Cicero, který ve svém spise *De officiis libri tres* cituje Quinta Scaevolu⁵: „... říkával, že zvláštní důležitost mají všechny ty soudy při nichž se užívá zásady podle dobré víry, a přikládal zásadě dobré víry velmi širokou platnost, a to ve sporech týkajících se poručnictví a společenské smlouvy⁶, věc svěřených a mandátů, koupí a prodejů, nájmu a pronájmu, tedy založených na vztazích, na nichž spočívá společenský život. V těchto případech je prý třeba znamenitého soudce, aby určil, čím je kdo komu povinen, neboť většinou se kladou požadavky z obou stran“⁷. Tento úryvek z neprávnického pramene nám podává dvě důležité informace. První z nich je potvrzení korektivu dobré víry v soudním řízení, který je uveden výše ve fragmentu: Inst. Just. 4, 6, 30. Druhý je pak výčet právních vztahů, které jsou chráněny žalobami v dobré víře. Jedná se o právní vztahy založené:

- Poručenstvím
- Smlouvou společenskou

⁵ De. Off. III,170 Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi," magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret. Citováno dne 15. 5. 2011 z <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/off3.shtml#17>

⁶ pozn. autora. V překladu byla použito termínu obchodních společností v latinském originále však je uvedeno societa – tedy smlouva společenská, proto jsme tuto terminologickou nepřesnost upravil.

⁷ CICERO, M., T. De officiis libri tres. Přeložil J. Ludvíkovský, Svoboda 1970. str. 152

- Fiducií
- Mandatem - smlouvou příkazní
- Smlouvou trhovou – koupě - prodej
- Nájemem - pronájmem

Gaius ve čtvrtém komentáři § 62 podává následující výčet právních vztahů chráněných v *iudicium bonae fidei*:

- Smlouva trhová – koupě – prodej
- Nájem – pronájem
- Nepříkázané jednatelství
- Příkazní smlouva
- Úschova – depositum
- Fiducie
- Smlouva společenská
- Poručenství
- Žaloba na vydání věna
- Výpůjčka
- Ruční zástava
- Žaloba na rozdělení spoluvlastnictví vzniklé dědictvím
- Spoluvlastnictví

Justinánské Instituce ve čtvrtém komentáři podávají výčet žalob v dobré víře (Just. Inst. 4, 6, 28⁸):

- Smlouva trhová – koupě – prodej

⁸ Just. Inst. 4, 6, 28: Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.

- Nájem – pronájem
- Nepříkázané jednání
- Příkazní smlouva
- Úschova – depositum
- Smlouva společenská
- Poručenství
- Půjčka
- Ruční zástava
- Žaloba na rozdělení spoluvlastnictví vzniklé dědictvím
- Spoluvlastnictví
- Žaloba s předepsanými slovy
- Vetešnická smlouva
- Směna
- Dědická žaloba (hereditas petito)

Kontraktační proces

Druhým pojmem v názvu a druhou subkapitolou konferenčního příspěvku je kontraktační proces.

Římské právo označovalo jednání stran, které vedlo ke změně, vzniku nebo zániku právních vztahů jako *negotium*. Většinou se tento termín překládá jako jednání ve smyslu právní jednání, právní úkon. Římské právo nemělo pro pojem právní jednání/úkon zvláštní termín, ale používalo právě obecný termín *negotium*, který se však musí vykládat podle kontextu určitého jednání, tak např. může znamenat: obchod, případ, záležitost. *Negotium* je tedy obecné označení pro dovolená a úplatná právní jednání.⁹ Římské právo bylo postaveno na základě autonomie vůle a každý jeho subjekt měl volnost upravit si své soukromé poměry podle vlastního rozhodnutí (*libertas*). Římské právní prameny tuto autonomii vůle definují jak svobodu – *libertas*:

⁹ Bartošek, M. Encyklopedie římského práva. Praha. Academia. 1994. Heslo *negotium*. str. 191 – 192.

Dig. 1, 5, 4, pr. Florentinus libro nono institutionum *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur.*

Překlad: Svoboda je přirozená možnost, činit každému co je libo, pouze v tom případě, že násilí nebo právo tomu nebrání.

Tato svoboda v sobě především zahrnovala svobodu učinit nebo neučinit právní úkon, vybrat si druhého kontrahenta, dohodnout si podmínky a obsah právního jednání, tedy učinit co je komu libo.

Konferenční příspěvek chce poukázat na důležitost kontraktačního procesu jako fázovitého procesu, v jehož rámci může dojít k mnoha právně relevantním událostem jejichž důsledkem je neplatnost právního úkonu, který však byl uzavřen v dobré víře.

Dig. 18.1.62.1 Modestinus 5 reg. *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.*

Překlad: Ti kteří nevědomky koupí věc posvátnou, zasvěcenou nebo patřící celku a předpokládají, že ta (věc) patří soukromému jednotlivci, způsobuje to neplatnost koupě; a přece žaloba z prodeje může být podána proti prodejci kupitelem, tak aby se nahradila částka obchodu, který nebyl uzavřen.

Na základě tohoto fragmentu je poskytnuta ochrana kupujícímu v podobě žaloby z koupě (*ex empto*), jejímž účelem bylo i přes neexistenci koupě, jelikož předmětem tržové smlouvy byla věc vyloučená z obchodu, tzv. *res extra commercium*, nahradit částku obchodu, který nebyl uzavřen. Touto částkou rozumíme kupní cenu, která byla vyplacena.

Další fragment, tentokrát z Institucí císaře Justinina nám řeší konkrétněji situaci, kdy je jasně kupující v dobré víře, že si kupuje věc, která může být předmětem obchodování, až tonak není. Tuto dobrou víru kupujícího vyvozujeme z obratu „kdo však podveden prodátelem“, tedy jak je uvedeno výše jde o jednu z formulací *a contrario*.

Just. Inst. 3, 23, 5 *Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis, deceptus a venditore, emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat ut consequatur quod sua interest deceptum eum non esse. idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

Překlad: Kdo ví, že kupuje posvátní nebo zasvěcená místa a stejně tak veřejná, jako tržiště nebo baziliku, tak kupuje zbytečně. Kdo však podveden prodátelem, koupí takovéto věci jako věci soukromé anebo věci lidského práva, má žalobu z koupě, neboť si tyto věci

ponechat nemůže, a to proto, aby mu byla nahrazena škoda, která vznikla z toho důvodů, že byl podveden. Totéž platí, když někdo koupí svobodného člověka jako otroka.¹⁰

Závěr

Římské právo v okamžiku, kdy zavedlo neformální kauzální kontrakty do své systematiky obligačního práva, tak dospělo k potřebě ochrany právních vztahů učiněných v dobré víře. Římská jurisprudenc a především dynamická složka římského práva – honorární právo zavedli ochranu právních vztahů učiněných v dobré víře. Přelomem zajisté bylo formulování podvodu – *dolus* jako samostatného institutu, sloužícího k ochraně nároku pokud není jiná procesní možnost ochrany. Před aplikací *actio doli* – žaloby podvodu, měl poškozený u právních jednáních učiněných v dobré víře žalobu z těchto kontraktů, i když kvůli nedovolenému předmětu nemohla nastat perfekce právního jednání.

Literature:

- Smith, W, A.: Dictionary of Greek and Roman Antiquites. London, 1875
- Cicero, M., T. De officiis libri tres. Přeložil J. Ludvíkovský, Svoboda 1970.
- Bartošek, M. Encyklopedie římského práva. Praha. Academia. 1994.
- Bartošek, M.: Dějiny římského práva ve třech fázích jeho vývoje. Praha, 1995.
- Justiniánské Instituce. Přeložili P. Blaho a M. Skřejpek. Praha. Karolinum 2010.
- Blaho, P., Vaňková, J. Corpus iuris civilis, Tomus I. Bratislava, 2008.
- Boháček, M.: Nástin přednášek o soukromém právu římském. 1. a 2 díl, Praha, 1946.
- Dulckheit, G., Schwarz, F.: Römische Rechtsgeschichte. München. 1970.
- Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách.přeložil J. Kincl. Brno. Doplněk, 1999.

¹⁰ překlad převzat z: Justiniánské Instituce. Přeložili P. Blaho a M. Skřejpek. Praha. Karolinum 2010. str. 275.

- Heyrovský, L. Dějiny a systém římského práva soukromého. Praha 1910
- Hattenhauer, H.: Evropské dějiny práva. Praha, 1998.
- Kol. autorů: Encyklopedie antiky. Praha, 1973.
- Pražák, J., Novotný, F., Sedláček, J.: Latinsko – český slovník. Praha, 1933.
- Corpus iuris civilis. Edice I.L.G. Becka. Lipsko 1825. 1. – 5 díl.

Contact – email

miroslav.frydek@upol.cz

PRINCIPLE OF GOOD MANNERS IN PROCESS OF RECOGNITION AND ENFORCING FOREIGN ENFORCEMENT ORDER IN THE CZECH JURISDICTION

LIBOR HOLÝ

Masaryk University, Faculty of Law, Czech Republic

Abstract in original language

Příspěvek si klade za cíl charakterizovat postavení a úlohu zásady dobrých mravů v procesu uznávání a výkonu cizích soudních rozhodnutí, cizích rozhodčích nálezů a jiných exekučních titulů v rámci jurisdikce České republiky. Autor se snaží odpovědět na otázku, zda-li může rozpor nároku oprávněného subjektu s dobrými mravy, a to ať již co do jeho povahy, předmětu či procesu získání, posloužit jako dostatečný důvod pro odmítnutí uznání a výkonu cizího exekučního titulu. Následně se zabývá základní analýzou relevantní právní úpravy a snaží se popsat odlišnosti charakteristické pro jednotlivé druhy exekučních titulů. Pozornost je rovněž věnována úloze soudu v souvislosti se zásadou officiality jakožto i postavení stran a jejich procesních možností v těchto řízeních.

Key words in original language

Exekuční titul, výkon, soud, veřejný pořádek, rozhodčí nález

Abstract

The contribution aims to characterize the position and role of the principles of good manners in the process of recognition and enforcement of foreign judgments, of foreign arbitral awards and other enforceable documents under the jurisdiction of the Czech Republic. The author tries to answer the question whether „contra bonos mores“ claim of rightful party, whether in its nature, object or process of acquiring, can serve as a sufficient reason for refusing recognition and enforcement of foreign enforcement title. The article then deals with the basic analysis of relevant legislation and seeks to describe the characteristic differences for different types of enforcement orders. Attention is also given to a role of court in relation to the principle of officiality as well as the position of the parties and their procedural options in these proceedings.

Key words

Recognition, enforcement, judgments, jurisdiction, good manners

1.1 ÚVOD

Proces uznávání a výkonu cizích exekučních titulů se v zásadě odehrává pouhým přihlédnutím a jeho následným vykonáním, tak jak jej zná např. § 65

zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním.¹ Přestože proces evropské integrace, a to např. v nařízení Rady (ES) 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o soudní příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (dále již jen nařízení Brusel I.) „obohatí“² český proces uznávání některých exekučních titulů o nutnost prohlášení titulu za vykonatelný (exequatur), ve světle ustanovení § 68c odst. 1 zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním však i toto zásadě splývá takřka v jedno s nařízeným výkonem exekučního titulu.

Dalo by se tedy říci, že v zásadě žádný způsob přijímání a výkonu cizích soudních rozhodnutí, soudních smírů, rozhodčích nálezů a dalších exekučních titulů nepředpokládá přezkum širší než pouhou kontrolu formálních náležitostí. Jaká je tedy úloha zásady dobrých mravů v procesu uznávání a výkonu cizích exekučních titulů, pakliže je jejich meritorní přezkum soudem výkonu nepřípustný?

Jako první krok směřující k zodpovězení této otázky se nabízí seznámení se s výčtem příslušných právních pramenů platných na území české republiky, ať již tuzemského či mezinárodního původu, upravující podmínky uznání a cizích výkonu exekučních titulů

V oblasti soudních rozhodnutí takovým předpisem povětšinou bude již zmíněný zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním, a to pro oblast cizích soudních rozhodnutí a veřejných listin ze zemí původu mimo evropský justiční prostor, Nařízení Brusel I pak v jeho rámci. Další objektem našeho zájmu pro oblast cizích rozhodčích nálezů bude i vyhláška 74/1959 Sb. ze dne 6 listopadu o Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (tzn. „New Yorská“ úmluva) a případně i další.

Přestože ani jeden z uvedených pramenů práva neobsahuje přímo nic o zásadě dobrých mravů či jakékoli zásadě jiné, kterou by soud měl brát při posuzování splnění všech formálních požadavků pro uznání konkrétního exekučního titulu a jeho následného výkonu ve zřetel, spojuje všechny právní prameny výše uvedené možnost odepření a uznání cizího exekučního titulu z důvodu jeho rozporu s veřejným pořádkem. Klíčové tedy pro další pojednání bude interpretace tohoto bezpochyby neurčitému pojmu s cílem potvrdit či vyvrátit možnost odepření uznání a výkonu s odkazem na rozpor se zásadou dobrých mravů.

¹ BOHŮNOVÁ, P., KAPITÁN, Z. Systém uznání a výkonu cizích soudních rozhodnutí. Právní fórum č. 6. roč. Wolters Kluwer ČR, a.s., 2008. str. 228

² ALEXANDER J. BĚLOHLÁVEK. Zavedení tzv. exequatur do českého právního řádu. http://www.ipravnik.cz/cz/clanky/civilni-proces/art_3741/zavedeni-tzv-exequatur-do-ceskeho-pravniho-radu.aspx

2. DOBRÉ MRAVY A VEŘEJNÝ POŘÁDEK

Jako první lze zmínit § 64 písm. d) zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „MPSaP“), který upravuje rozpor s veřejným pořádkem jako dostatečný důvod pro odmítnutí uznání a výkonu cizích rozhodnutí. Ustanovení § 36 MPSaP, se následně snaží poskytnout základní definici veřejného pořádku, coby: „zásady společenského a státního zřízení České republiky a jejího právního řádu, na niž je nutno bez výhrady trvat“.³ MPSaP tedy veřejný pořádek charakterizuje dvěma podmínkami, které musejí být pro uplatnění výhrady splněny kumulativně. Komentářová literatura příkladem uvádí zásady v podobě zákazu diskriminace na základě věku, pohlaví či národnosti, povinnosti doručení druhé straně návrh na zahájení řízení⁴, popř. dostatečným důvodem může být i obcházení zákona, pokud by takovým bylo způsobeno účelové podřízení věci jinému právnímu řádu či založení jurisdikce cizího soudu⁵, který, jednoduše řečeno, dovoluje něco, co je v rozporu s kogentními ustanoveními práva domácího, přičemž by se jednalo o takový rozpor s veřejným pořádkem, který by porušoval základní principy českého právního řádu⁶.

Když ne tuzemská, možná prameny práva mezinárodního soukromého nám poskytnou poznatky více. Dnem 18. prosince 1931 nabyla pro Československou republiku účinnosti Úmluva o vykonatelnosti cizích rozhodčích výroků. Lze ji označit za první pramen mezinárodního práva, který se vztahem i k bývalé Československé republice zakotvuje, konkrétně v čl. 1 písm. e), podmínku souladnosti cizího rozhodčího nálezu s veřejným pořádkem, ale i se zásadami veřejného práva státu výkonu. Zajímavé je odlišování veřejného pořádku a zásad veřejného práva, nicméně vzhledem k faktu, že dobu vzniku této dohody lze hodnotit jako rané stádium vývoje problematiky mezinárodních arbitrází, nelze předmětné ustanovení použít ani jako podklad pro historickou interpretaci pojmu.

Žádného pokroku na poli definice či harmonizace interpretace veřejného pořádku nepřináší ani právní úprava novější a podstatně významnější Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů uzavřená dne 10. června 1958 v New Yorku (dále jen „NY úmluva“), která mezi týmiž smluvními státy nahradila úmluvu prvně zmíněnou. NY úmluva sice

³ BĚLOHLÁVEK, Alexander. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů . Komentář*. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2004. s. 295. ISBN 80-7179-629-8

⁴ POKORNÝ, Milan. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*. 3. vydání. Praha : C. H. Beck, 2004. s. 57. ISBN 80-7179-902-5

⁵ KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. 6 opravené a doplněné vydání. Brno : Doplněk, 2004. s. 409. ISBN 80-7239-167-4, s odkazem na stanovisko NS ČSFR v R 26/1987, str. 492

⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. 12. 2008, sp. zn. 21 Cdo 4196/2007

obsahuje veřejný pořádek jako podmínku uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu, ale bez jakékoliv definice. Nicméně, jak plyne z přípravných prací na úmluvě, problému nejednoznačnosti článku V odst. 2 a z toho důvodu nejednotnosti v definování obsahu veřejného pořádku stran národních soudů, si byli tvůrci návrhu úmluvy vědomi. Mezinárodní obchodní komora v Paříži, která připravila první koncept nové mezinárodní úmluvy na počátku 50. let, se vydala cestou, kdy o proti čl. 1 písm. e) Ženevské úmluvy v návrhu vypustila část „zásadám veřejného státu práva“. Ekonomická a sociální rada OSN, již byl tento návrh předložen, pak šla v nastíněném směru omezení rozsahu aplikace výhrady veřejného pořádku ještě dále, když navrhla, aby odmítnutí mohlo být učiněno pouze pro zcela zřejmý rozpor s veřejným pořádkem a základními principy práva země výkonu, a to se zcela výslovným úmyslem co nejvíce omezit rozsah působnosti tohoto článku. Nicméně proti této změně se postavila Indie, Austrálie a Spojené Království s odůvodněním, že spojení „fundamental principles of law“ jakožto „public policy“ je v tomto spojení z hlediska jejich právního řádu bez obsahového významu⁷.

Do konečné podoby se nakonec nic z navrhovaných změn nedostalo a z čistě formálního hlediska, kdy samotný proces vzniku NY úmluvy nemusí hrát při interpretaci pojmu veřejného pořádku národními soudy žádnou roli, by se dalo uzavřít, že mezi Ženevskou a Newyorskou úmluvou není na tomto poli žádných rozdílů tedy že ani NY úmluva nepředstavuje žádný harmonizační natož definující nástroj. Nicméně záměr zúžit rozsah veřejného pořádku je dle mého jasným základem „prouznávací“ zásady NY úmluvy, o které se v odborné literatuře často hovoří.

Dalším pramenem, který by se mohl při výkonu cizích rozhodčích nálezů buď přímo, či jen jako interpretační pomůcka, využít, může být některá dvoustranná mezinárodní smlouva o právní pomoci. Takovou může být např. Smlouva mezi Českou republikou a Slovenskou republikou o právní pomoci poskytované justičními orgány a o úpravě některých právních vztahů v občanských a trestních věcech, do českého právního řádu inkorporována Sdělením ministerstva zahraničních věcí č. 209/1993. Čl. 22 písm. e) pak obsahuje obvyklou formulaci výhrady veřejného pořádku, tedy: „Rozhodnutí uvedená v článku 22 této smlouvy se budou uznávat a vykonávat, jestliže: e) smluvní strana, na jejímž území se o uznání nebo výkon žádá, se domnívá, že uznání nebo výkon neohrozí její svrchovanost nebo bezpečnost anebo nebude v rozporu s jejím veřejným pořádkem.“ Ale ani tato smlouva nikde nepodává žádné interpretační vodítko k veřejnému

⁷ *Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards (Resolution of the Economic and Social Council establishing the Committee, Composition and Organisation of the Committee, General Considerations, Draft Convention)* [online]. United Nations Commission on International Trade Law. [citováno 7.3.2010]. Dostupný z: <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-ac/eac424r1-N5508097.pdf>

pořádku. Ne jinak je tomu u dalších dvoustranných mezinárodních smluv o právní pomoci. Příkladem lze zmínit např. č. 1/1996 o právní pomoci v občanských věcech mezi Českou republikou a Rumunskem, č. 76/1990 Sb. mezi Československou socialistickou republikou a Jemenskou lidovou demokratickou republikou o právní pomoci ve věcech občanských a trestních, č. 6/1989 Sb. o Smlouvě mezi Československou socialistickou republikou a Španělskem o právní pomoci, uznání a výkonu rozhodnutí ve věcech občanských atd. Vyvstává tedy otázka, dle jakého vodítka posuzovat, zda-li je v pojmu veřejný pořádek obsažena i námi hledaná zásada dobrých mravů.

K tomuto zastávám názor, že s ohledem na smlouvu o právní pomoci s Rumunskem, která ve věci uznání a výkonu odkazuje na NY Úmluvu⁸, veřejný pořádek obsažený v takovýchto úmluvách by se měl interpretovat jako mezinárodní veřejný pořádek v duchu NY úmluvy dle čl. V odst. 2 vč. výkladových doporučení, ke kterým dospěl Výbor pro mezinárodní obchodní arbitráž (International Commercial Arbitration Committee, dále jen „ICAC“), jenž je součástí Asociace pro mezinárodní právo („ILA“).

ILA je neziskovou organizací⁹ založenou v roce 1873 v Bruselu, nyní se sídlem v Londýně, která si klade za cíl přispívat k rozvoji mezinárodního veřejného i soukromého práva a podporovat mezinárodní porozumění a úctu k mezinárodnímu právu. Dosáhnout toho chce především studiem, výzkumy, průzkumy a následnou publikací zjištěných faktů a závěrů, pořádáním seminářů, konferencí, přednášek atd.¹⁰ V rámci ILA funguje řada výborů s úzkou specializací, mimo jiné o pro mezinárodní obchodní arbitráž, jež je pro výklad pojmu veřejného pořádku stěžejní.

ICAC se v rámci své činnosti po několik let věnovala studiu problematiky výhrady veřejného pořádku ve vztahu k odmítnutí uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. Tento šestiletý výzkum¹¹ zaměřený i na komparaci výkladu veřejného pořádku z pohledu národních právních řádů, jakožto i z pohledu soudů jednotlivých států, vyústila na 70. konferenci ILA konané v dubnu 2002 v indickém Novém Dillí, v přijetí dokumentu obsahující soubor

⁸ Čl. 61 Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 1/1996 Sb., Smlouva o právní pomoci v občanských věcech mezi Českou republikou a Rumunskem

⁹ International Law Association. *Wikipedia* [online]. Last modified on 28 December 2009 at 06:19. [citováno. 10.3.2010]. Dostupné z: http://en.wikipedia.org/wiki/International_Law_Association

¹⁰ *Constitution Of The Association* [online]. Berlin : International Law Association, 2004 [citováno 10.3.2010]. Dostupné z: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/30692D54-747F-4D66-B9F8E5C08F69F3AF>

¹¹ SHEPPARD, Audley. *Public Policy and the Enforcement of Arbitral awards: Should there be a Global Standard?* Transnational Dispute Management [online]. Volume I, issue 01, vydáno v únoru 2004 [citováno: 20.2.2010]. Dostupný z: http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_67.htm ISSN 1875-4120.

doporučeníh ILA ohledně užití výhrady veřejného pořádku jako důvodu pro odmítnutí uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (dále jen „ILA Recommendations“).¹²

ILA Recommendations ve své úvodní části potvrzuje „prouznávající“ charakter NY Úmluvy¹³, tedy vč. jejího čl. 5 odst. 2, a deklaruje tak konečnost a nepřezkoumatelnost rozhodčích nálezů s výjimkou výjimečných případů, kdy je takový nález v rozporu s mezinárodním veřejným pořádkem státu výkonu. Mezinárodní veřejný pořádek se dle dokumentu skládá ze tří základních částí:¹⁴

- Ze základních principů spravedlnosti a mravnosti, které jsou státem chráněny i když nemusejí existovat ve formě normativního právního aktu. .
- Právní normy sloužící k ochraně nejdůležitějších politických, společenských nebo ekonomických zájmů státu
- Mezinárodní závazky státu

ILA dále hned z úvodu dokumentu mimo jiné poznamenala, že pokud bude jen část rozhodčího nálezu v rozporu s mezinárodním veřejným pořádkem, nic nebrání tomu, aby mohla být zbylá část uznána a vykonána.

Ad) Základní principy mezinárodního veřejného pořádku

ILA Recommendations deklaruje, že výhrada veřejného pořádku ve vztahu k odmítnutí uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu může mít jak povahu hmotněprávního, tak procesněprávního veřejného pořádku. Hmotněprávní (kolizní) veřejný pořádek je příznačný především pro nalézací řízení, kde se posuzuje možné nepoužití cizí právní normy, jenž je v rozporu s veřejným pořádkem právního řádu *lex cause* resp. *práva fora*.¹⁵ Pokud ovšem soud

¹² *Conference Resolution 2/2002* [online]. Nové Dillí : International Law Association, 2002 [citováno 10.3.2010]. Dostupné z: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/032880D5-46CE-4CB0-912A0B91832E11AF>

¹³ SHEPPARD, Audley. *Public Policy and the Enforcement of Arbitral awards: Should there be a Global Standard?* Transnational Dispute Management [online]. Volume I, issue 01, vydáno v únoru 2004 [citováno: 20.2.2010]. Dostupný z: http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_67.htm ISSN 1875-4120.

¹⁴ *Conference Resolution 2/2002* [online]. Nové Dillí : International Law Association, 2002 [citováno 10.3.2010]. Dostupné z: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/032880D5-46CE-4CB0-912A0B91832E11AF>

¹⁵ Jak např. stanoví čl. 21 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I)

výkonu zjistí, že rozhodčí nález nerespektuje jeho mezinárodní veřejný pořádek, uznání a výkon odmítne.

Jako příklady obecných principů právních lze zmínit: ochranu dobré víry, zákazu zneužití práv, zásadu pacta sunt servanda, zákaz vyvlastnění bez náhrady, zákaz diskriminace, rozpor s dobrými mravy atd.¹⁶

Zatímco tedy hmotněprávní veřejný pořádek se používá ve vztahu k tomu, dle čeho bylo rozhodnuto o předmětu sporu, procesněprávní veřejný pořádek pak ve vztahu k procesním normám, dle kterých bylo v nalézacím řízení postupováno. Za dobrý příklad spadající do oblasti tohoto druhu veřejného pořádku může posloužit např. požadavek nestrannosti rozhodce, řádné doručení žaloby, zásada rovnosti procesních stran, res iudicata. Naopak za rozpor s mezinárodním procesním veřejným pořádkem se nepovažuje nedostatečné odůvodnění rozhodčího nálezu, chybná právní interpretace rozhodného práva, chybné vyhodnocení relevantních faktů. Problematická je po této situaci, kdy je navrhován výkon rozhodčího nálezu, jenž byl v zemi původu prohlášen za neplatný¹⁷. Nicméně s ohledem na Čl. 5 odst. 1, písm e) NY úmluvy takový nález stejně vykonán nebude. Otázkou však zůstává, zda-li by byl jeho výkon v rozporu s mezinárodním veřejným pořádkem.

Ad) Normy související k ochraně nejdůležitějších politických, společenských nebo ekonomických zájmů státu výkonu mezinárodního veřejného pořádku

Takovými normami mohou být jednak mezinárodně kogentní normy a jednak normy zvláštního vnitrostátního významu státu výkonu. Ke vztahu mezinárodního veřejného pořádku a imperativních norem lze poznamenat, že samotný fakt nerespektování imperativních norem během nalézacího řízení nezakládá na automatické možnosti výkon odmítnout. Veřejný pořádek bývá označován totiž jako podmnožinou všech imperativních norem práva fora státu výkonu, tzn. ne každá mezinárodně kogentní norma je normou mezinárodního veřejného pořádku. S aplikací výhrady hmotněprávního veřejného pořádku se lze setkat nejčastěji ve spojení s oblastí rodinného, pracovního či dědického práva¹⁸, ochrany hospodářské soutěže, ochrany životního prostředí etc.¹⁹ Platí přitom, že odmítnout uznání

¹⁶ SHEPPARD, Audley. *Public Policy and the Enforcement of Arbitral awards: Should there be a Global Standard?* Transnational Dispute Management [online]. Volume I, issue 01, vydáno v únoru 2004 [citováno: 27.2.2010]. Dostupný z: http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_67.htm ISSN 1875-4120.

¹⁷ tamtéž

¹⁸ BĚLOHLÁVEK, Alexander. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář*. 1 vydání. Praha : C. H. Beck, 2008, s. 377. ISBN 978-80-7400-096-6

¹⁹ *Interim Report On Public Policy As A Bar To Enforcement Of International Arbitral awards* [online]. Londýn: The International Law Association, vydáno 2000:

a výkon cizího rozhodčího nálezu lze je tehdy, když jsou jím zřejmě narušeny podstatné ekonomické, společenské zájmy chráněné takový to zákonem.²⁰ Pokud bude zákon chránící takový zájem přijat až po vydání rozhodčího nálezu, soud výkonu k němu přihlédně pouze tehdy, pokud zákonodárce takový zákon přijal s retrospektivním účinkem.

Protože tato kategorie veřejného pořádku v sobě obsahuje i složku politického zájmu, je nutné upozornit na rozdílné chápání veřejnoprávních zájmů jako složky veřejného pořádku v anglosaské (public policy) a kontinentálně-evropské oblasti (ordre public). Zatímco prvně zmíněná do značné míry zájmy státu a jeho politické reprezentace považuje za součást svého veřejného pořádku, druhá v zásadě naopak. Public policy lze tak označit za širší pojem, než je kontinentálně-evropský ordre public. Neplatí to však na sto procent, právní řád České republiky se totiž pohybuje někde mezi oběma, což je způsobeno specifickým vývojem před rokem 1989, který byl charakteristický dominantní úlohou veřejného práva, hospodářských omezení vč. omezení v rovině smluvní volnosti stran. Obdobný přístup s akcentací veřejnoprávního a politického prvku veřejného pořádku lze takto očekávat i jiných zemích bývalého východního bloku.²¹

Ad) Mezinárodní závazky státu

Dle čl. 4 ILA Recommendations může být cizí rozhodčí nález odmítnut i tehdy, pokud by bylo jeho uznání či výkon ve zřejmém rozporu s mezinárodními závazky státu výkonu vůči jiným státům, či mezinárodním organizacím. Jako příklad tohoto veřejného pořádku se nejčastěji uvádí rezoluce Rady bezpečnosti OSN uvalující na nějaký stát sankce.

3. ZÁVĚR

Lze z obecné teorie říci, že podmínky pro uznání a výkon cizích rozhodčích nálezů jsou v normách, ať již mezinárodního či vnitrostátního původu, v zásadě nastaveny mírněji, než je tomu v případě soudních rozhodnutí cizích států. Tento fakt pramení z principu státní suverenity a teritoriality, kdy jurisdikce jednoho státu končí tam, kde z hlediska prostorové působnosti začíná suverenity státu druhého, přičemž rozhodnutí cizích státních orgánů bylo především v době nedávno minulé často chápáno jako nežádoucí ingerence cizího státu do suverenity státu takového výkonu.

S ohledem k tomuto fakt, jakožto s ohledem na shora vyslovené ohledně výkladových doporučení ILA lze shrnout, že protože porušení dobrých

[citováno 7.3.2010]. Dostupné z: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E723662E-053C-415A-A4C7822577AE6B4F>

²⁰ Čl. 3(b) ILA Recommendations

²¹ Čl. 4 ILA Recommendations

mravů je dostatečným důvodem pro odmítnutí uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, lze bezpečně říci, že by takové porušení mělo být o to silnějším důvodem pro odmítnutí uznání i výkonu rozhodnutí cizích soudů.

Roli dobrých mravů v procesu uznávání a výkonu cizích exekučních titulů pak podtrhuje fakt, že soud musí soulad s veřejným pořádkem zkoumat z úřední povinnosti, a tedy nikoliv až na návrh stran.

Literature:

Acte Uniforme Sur Le Droit De L'arbitrage Dans Le Cadre Du Traite Ohada [online]. L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, vydáno 11.3.1999 [citováno 13.3.2010]. Dostupné z: <http://www.ohada.org/images/blogs/d033e22ae348aeb5660fc2140aec35850c4da99744f683a84163b3523afe57c2e008bc8c/arbitrage.pdf>

Analytical compilation of comments by Governments and international organizations on the draft text of a model law on international commercial arbitration [online]. Vídeň: United Nations Commission On International Trade Law Vídeň, vydáno 1985. Dostupný z: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/250/78/PDF/V8525078.pdf?OpenElement>

BĚLOHLÁVEK, Alexander. Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. 1 vydání. Praha : C. H. Beck, 2008

BĚLOHLÁVEK, Alexander. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů . Komentář.1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2004.

BOHŮNOVÁ, Petra; KAPITÁN, Zdeněk. Judikatura Evropského soudního dvora v oblasti evropského justičního prostoru ve věcech civilních. Část XV. Nařízení Brusel I ve světle judikatury Evropského soudního dvora. Právní fórum. 2009

Conference Resolution 2/2002 [online]. Nové Dillí : International Law Association, 2002 [citováno 6.3.2010]. Dostupné z: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/032880D5-46CE-4CB0-912A0B91832E11AF>

Constitution Of The Association [online]. Berlin : International Law Association, 2004 [citováno 10.3.2010]. Dostupné z: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/30692D54-747F-4D66-B9F8E5C08F69F3AF>

KUČERA, Zdeněk. Mezinárodní právo soukromé. 6 opravené a doplněné vydání. Brno : Doplněk, 2004

ROZEHNALOVÁ, Naděžďa. Rozhodčí řízení v mezinárodních a vnitrostátním obchodním styku. 2. Vydání. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008

POKORNÝ, Milan. Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář. 3. vydání. Praha : C. H. Beck, 2004.

RADOŠOVSKÝ, Petr. Rozhodné právo v závazkových vztazích z mezinárodního obchodu - nutně použitelné normy, výhrada veřejného pořádku. Epravo.cz [online]. Vydáno 29.12.2003 [citováno 25.2.2010]. Dostupný z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/rozhodne-pravo-v-zavazkovych-vztazich-z-mezinarodniho-obchodu-nutne-pouzitelne-normy-vyhrada-verejneho-poradku-22523.html>

Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards (Resolution of the Economic and Social Council establishing the Committee, Composition and Organisation of the Committee, General Considerations, Draft Convention) [online]. United Nations Commission on International Trade Law. [citováno 7.3.2010]. Dostupný z: <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-ac/eac424r1-N5508097.pdf>

Report On Public Policy As A Bar To Enforcement Of International Arbitralawards [online]. Londýn : The International Law Association, vydáno 2000: [citováno 7.3.2010]. Dostupné z: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E723662E-053C-415A-A4C7822577AE6B4F>

SHEPPARD, Audley. Public Policy and the Enforcement of Arbitral awards: Should there be a Global Standard? Transnational Dispute Management [online]. Volume I, issue 01, vydáno v únoru 2004 [citováno: 20.2.2010]. Dostupný z: http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_67.htm

Contact – email

l.holy@mail.muni.cz

KATEGORIE DOBRÝCH MRAVŮ A JEJÍ DOPAD NA OBLAST PRACOVNÍHO PRÁVA

JAN HORECKÝ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity Brno

Abstract in original language

Příspěvek, jak již z jeho názvu „Kategorie dobrých mravů a její dopad na oblast pracovního práva“ vyplývá, pojednává o dopadu dobrých mravů, jako obecného regulativu společenských vztahů, na konkrétní oblast vytyčenou normami pracovního práva reprezentovanou pracovněprávními vztahy vzniklými kolem definice závislé práce. Článek jednak v obecné rovině pojednává o kategorii dobrých mravů, o možném vzniku rozporu mezi obsahem pojmů legalita a legitimita, ale současně se zaměřuje i na konkrétnější projevy dobrých mravů jak v pracovně právní legislativě, tak v konkrétní všední realitě pracovního práva.

Key words in original language

dobré mravy, legalita a legitimita, pracovní právo

Abstract

This contribution, as flowing from its title „Category of good manners and its impact on the field of labour law“, deals with the impact of good morals, which represent a general regulator of social relations, on a concrete area being limited by the labour law rules. The contribution describes in a general manner the category of good manners, of a possible conflict between the concepts of legality and legitimacy, but it focusses at the same time on the more concrete effects of the good manners both in labour law legislation, and in concrete everyday reality of labour law.

Key words

good manners, labour law, legality and legitimacy,

1. ÚVOD A TEORETICKÉ POZNÁMKY

V rámci tohoto pojednání chci názorově vyjádřit svůj postoj k prolínání společensky hodnotné kategorie dobrých mravů do pozitivně právní úpravy pracovněprávních vztahů. Hned v úvodu považuji za důležité upozornit, že nelze pojem "dobré mravy" synonymicky zaměňovat s pojmem "zákaz zneužití práva", jak je tomu často činěno. Díky výkonu subjektivních práva mají sice oba pojmy společný právní základ, nicméně totožné nejsou. Zásada *contra bonos mores* lze totiž chápat poněkud šířeji než zásadu *abusus iuris*. Odlišnost lze spatřovat zejména v aplikační rovině výkonu subjektivních práv. Zatímco každé chování, které je možné klasifikovat jako zneužití práva, lze vždy podřadit pod kategorii *contra bonos mores*, tak ne

vždy chování v rozporu s dobrými mravy musí být charakterizováno jako *abusus iuris*¹.

1.1 NĚKOLIK POZNÁMEK Z OBECNÉ TEORIE

Bezesporu je třeba dobrým mravům, jako jednomu ze základních a prastarých regulativů společenského chování přikládat určitý význam i v době, kdy již není chování jednotlivců ve společnosti ovlivňováno pouze jejich vnitřními a osobními postoji, pocity a svědomím, a již není meritorně tak silně v rámci společnosti ovlivňované Hobbesovým, resp. Plautovým vyjádřením vztahů ve společnosti "*homo homini lupus*"², ale kdy korekce chování ve společnosti vychází z více na mocenský subjekt přenesené části autonomie každého jedince, resp. přenesení části prostoru svobodného rozhodování a práv každého subjektu na vyšší mocenský prvek (stát), a to vše v souladu s morálními pravidly a myšlenkovými hodnotami tzv. společenské smlouvy³. Jednotliví občané, jako základní prvky vytvářející společnost, tak již ve svých interpersonálních vztazích nemohou vystupovat neomezeně a bez jakýchkoliv vnějších regulativů, ale jsou ve svých nejen základních přirozených právech dále determinováni právě prostřednictvím normativních regulativů vytvořených zákonodárcem v souladu s myšlenkou vytvoření korektivů upravujících jednání členů společnosti, a to právě na základě přenesené části autonomního prostoru každého jednotlivce.

Tím, že se subjekty ve společnosti částečně vzdaly svých dispozičních práv se svou osobností, životem a chováním a souhlasily se stanovením určitých mezních hranic, resp. přeneseně řečeno „pravidel jejich každodenní životní hry“, však může i přes veškerou snahu zákonodárce dojít k situaci, kdy nebude některému z dotčených subjektů výkon takto přenesené autonomie po vůli, popř. může být nastalá situace takto negativně vnímána oběma konkrétním vztahem vymezenými subjekty. Takovou situaci lze předpokládat a primárně s ní musí být i z pohledu regulace společenských vztahů počítáno. Problematická a nalezení řešení hodná situace však vznikne za předpokladu, kdy normativní regulativy zasáhnou do sféry vjemu dotčených subjektů, ale kdy je takový zásah, který by jinak bylo nutno hodnotit zcela legálním, negativním a nevytouženým zásahem do soukromé sféry subjektů i z pohledu zákonodárce. Jde tedy o případ, kdy určité pravidlo chování realizované v konkrétním případě není vnímáno jako pozitivní ani z pohledu dotčených subjektů, ani zákonodárce a ve skutečnosti ani v společnosti a nedostává se mu tedy potřebné a pro jeho realizaci

¹ Barancová, H., Zákoník práce - komentář, s. 23

² Teze, která vyjadřovala postavení jednotlivých členů společnosti jako konkurentů v boji o svoje osobní blaho: "*lupus est homo homini, non homo, quam qualis sit non novit*", viz Stone, J., R., The Routledge dictionary of latin quotations, s. 273

³ Blíže Hobbes, T., Leviathan, Přeložil Josef Hruša, s. 165

předpokládané míry legitimacy⁴. Jedná se zde tedy zřejmou kontradiktornost (v tomto konkrétním případě) obsahu právních pojmů legalita a legitimita⁵. Jinými slovy je zde vyjádřena skutečnost, že ne všechno, co je legální musí být také automaticky legitimní. Z tohoto úhlu pohledu je pak tedy nevyhnutelné trvat i na působení určitého nadzákonného korektivu interpersonálních vztahů, kterým by mělo být právě měřítko poskytnuté zákonodárci v podobě dobrých mravů.

Omezením autonomního prostoru subjektů a vytvořením normativních korektivů tak totiž vždy dojde k určitému zásahu do fundamentální podoby přirozených práv každého člověka ve prospěch „harmonického“ fungování společnosti ovlivněného pozitivně právní úpravou. Měřítka dobrých mravů tak může v některých případech sloužit jako jakési poslední pravidlo pro vyrovnávání střetů pozitivního a přirozeného práva, který plyne z konfliktního názorového postoje těchto právních směrů. Stoupenci jusnaturalistické školy tak totiž zejména stoupencům juspozitivistické školy vyčítají snahu vytvořit rigidní soubor univerzálních norem chování, které pak mají působit v rozhodovacím procesu jako jakási stálá a neměnná paradigmata, pod které není jednoduše možné subsumovat veškeré možné v reálném životě vyvstálé situace. Oproti tomu názor juspozitivistů je jasně zaměřen k racionalizaci soudního řízení vedeného jasně danými pravidly, kdy zde není místo pro uplatňování ryziho přirozenoprávního postoje, který by jednoznačně vedl k voluntaristickému rozhodování soudů a jako takové by bylo enormně zatíženo mimoprávními, zejména pak osobnostními (emoce, postoje apod.) faktory. Uplatnění korektivu dobrých mravů, resp. morálky je pak právě typické pro vyjádření základní distinkce⁶ mezi oběma právními přístupy⁷.

2. DOBRÉ MRAVY V PRACOVNÍM PRÁVU

Původ této myšlenky (vyšší „normativní“ korektiv) a její působení tak podle mého názoru koresponduje i s vlastním vymezením pramenů, v tomto případě konkrétního právního řádu České republiky, kdy mezi prameny práva v kontinentálním slova smyslu sice dobré mravy řazeny nejsou⁸ a ani

⁴ k pojmu legitimita a jejímu projevu ve vztahu k státní moci se vyjádřil např. Kriele, který chápe státní moc (tedy i realizace zákonných příkazů) jen tehdy legitimní, když je v očích jí podrobených subjektů vcelku vnímána jako oprávněná. Viz Kriele, M., Einführung in die Staatslehre, s. 37

⁵ Blíže Boguszak, J., a kol.: Teorie práva, s. 208

⁶ Zatímco iusnaturalismus chápe morálku (dobré mravy) jakou imanentní a neoddělitelnou součást existujícího právního řádu (tedy spojení práva a morálky), tak iuspozitivisté chápou právo a morálku jako dva na sobě zcela nezávislé a oddělené normotvorné soubory.

⁷ Holländer, P.: Filozofie práva, s. 29

⁸ Přestože nejsou dobré mravy řazeny mezi formální prameny práva, tak s nimi zákonodárce (na rozdíl např. od obdobné kategorie tzv. právních obyčejů) v právních předpisech počítá a pracuje (např. § 3 odst. 1 Obč. Z nebo § 14 ZP).

řazeny být nemohou, nicméně stále je jim přikládán význam minimálně v interpretační rovině⁹. Subjekty, které pak konkrétní právní normy mají realizovat se tak s pomocí institutu dobrých mravů, jako výkladového pravidla, mají dobrat zákonodárcem v normě zamýšlených cílů. Dobré mravy tak představují spíš obecné interpretační pravidlo¹⁰, které má pomáhat uzpůsobit výklad sporných právních norem tomu, co je v určité době a na určitém místě společností obecně považováno za žádoucí a slučitelné s celospolečenským konsensem a morálním naladěním¹¹. Dobré mravy tak jsou měřítkem hodnocení konkrétních situací, odpovídajícím obecně uznávaným pravidlům slušnosti v souladu s obecnými morálními zásadami demokratické společnosti¹². Hledisko dobrých mravů tak má vnést nejen do samotného rozhodování a aplikování norem, ale i do konfliktu subjektů v běžném životě jistou míru uvolnění a modifikace v souladu s konkrétní celospolečenskou životní realitou.

Není proto divu, že se kategorie dobrých mravů odráží a musí odrážet i ve vnitrostátní právní úpravě normující chování subjektů pracovněprávních vztahů. Nejčastěji se pak s explicitním vyjádřením nutnosti zohledňovat dobré mravy setkáme v obecných ustanoveních právních předpisů, které vyjadřují zásady, jimiž je pak to které právní odvětví jako základními stavebními prvky ovládáno. Ne jinak je tomu i v případě kategorie dobrých mravů, která se řadí k obecným zásadám právního prostředí soukromoprávních vztahů¹³. Nejen v oblasti pracovního práva, nýbrž v celé oblasti soukromého práva pak má zásada dobrých mravů plnit funkci prostředníka k nalézání spravedlivého řešení tam, kde by formální aplikace právních norem vedla k neudržitelným výsledkům¹⁴.

Bez ohledu na to, že by měl být zákonodárce osobitně ovlivněn myšlenkou a ideálem dobrých mravů již při vlastním obsahovém koncipování všech normativních ustanovení, tedy, že by dobré mravy měly být jedním z předních korektivů, které ovlivňují konečnou konkrétní podobu veškerých ustanovení závazných předpisů, by bylo vhodné korektiv dobrých mravů doslovně inkorporovat a zmínit i v samotném znění zákona. Několik příkladů inkorporace kategorie dobrých mravů do právních předpisů zahraničních proveniencí lze demonstrovat např. na ustanovení § 138 BGB

⁹ Interpretační rovina dobrých mravů vyplývá např. z ust. § 15 z.č. 311/2001 Z.z. zákonník práce, který uvádí, že každý projev vůle je třeba vykládat tak, jak to se zřetelem na okolnosti, za kterých byl učiněn, odpovídá dobrým mravům.

¹⁰ Interpretační charakter dobrých mravů je v české judikatuře potvrzen např. v rozhodnutí NS ČR ze dne 27.11.2003 sp. zn. 30 Cdo 664/2002

¹¹ Bělina, M., Pracovní právo, s. 62

¹² Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27.11.2003 sp. zn. 30 Cdo 664/2002

¹³ Hurdík, J.: Zásady soukromého práva, s. 74

¹⁴ Hurdík, J.: Lavický, P., Systém zásad soukromého práva, s. 122

(Bürgerliches Gesetzbuch), podle kterého je nutno považovat každý právní úkon, který se přičí dobrým mravům, za nicotný. Obdobně zmiňuje dobré mravy i rakouský zákonodárce, jež považuje za nicotné veškeré právní úkony, které porušují zákonné zákazy nebo se přičí dobrým mravům¹⁵. Švýcarská legislativa pak operuje s dobrými mravy zejména ve vztahu s částí civilního zákona, jež upravuje závazkové právo¹⁶. Dobré mravy, resp. porušení jsou pak opět i zde základním atributem pro označení právního úkonu za nicotný.

Budeme-li tedy s dobrými mravy pracovat jako s možným korektivem právem upravených společenských vztahů, potom lze formulovat dobré mravy označit za *právní pojem*. Tím, že je dobrým mravům v legislativě a následně v právní interpretaci přikládán zavazující význam, bude se tedy jako právní pojem lišit např. od pojmu morálka právě díky svému "zavazujícímu" charakteru. Působnost dobrých mravů pak lze vymezit pomocí rozsahu výkonu subjektivních práv, pro které mají dobré mravy znamenat jakousi pozitivně stanovenou hranici jejich výkonu. K dalším rozdílům mezi dobrými mravy a morálkou lze přičíst i fakt, že dobré mravy mohou být chápány jako tzv. *právní morálka*, která však na rozdíl od morálky (v obecném slova smyslu) určuje pro výkon subjektivních práva určité minimální hranice morálky a opírá se o právo jako o svou právní garanci¹⁷. Podstatným atributem dobrých mravů, jako právní morálky, je pak možnost vynucení jím stanovených požadavků prostřednictvím uplatnění státní moci.

Nejen z teritoriálního, ale i z historického hlediska je českému legislativnímu stavu nejbližší právní úprava Slovenské republiky. Při bližším nazření do ústředního pramene slovenského pracovního práva¹⁸ lze odhalit, že slovenský zákonodárce pracuje s pojmem dobrých mravů nejen v samotném paragrafovaném textu předpisu, ale výrazně se dobrými mravy zabývá už v ustanoveních zákoníku práce, v nichž definuje základní zásady slovenského pracovního práva. Zde se mimo jiné uvádí, že "*...výkon práv a povinností vyplývajících z pracovněprávních vztahů musí být v souladu s dobrými mravy...*"¹⁹. Vzhledem k faktu, že ani slovenský zákoník práce blíže nevymezuje, co lze pod dobrými mravy rozumět, je soulad s dobrými mravy interpretován jako stav, v kterém platí, že negativní hranicí pro uplatnění vlastních subjektivních práv a výkon povinností vyplývajících z

¹⁵ § 879 odst. 1 JGS Nr. 946/1811 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch

¹⁶ Ust. čl. 20 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, dostupné z: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/220/index.html>

¹⁷ Barancová, H., Schronk, R.: Pracovní právo, 197

¹⁸ z.č. 311/2001 Z.z. Zákoník práce ve znění pozdějších předpisů

¹⁹ ust. čl. 2. z.č. 311/2001 Z.z. zákoník práce

pracovněprávních vztahů je zákaz zneužívat tyto práva v neprospěch (škodu) druhé účastníka pracovněprávního vztahu, nebo zaměstnanců²⁰.

V českém právním prostředí se tento postup²¹ projevil zejména v generální normě pracovního práva, tj. v zák. č. 262/2006 Sb. Zákoník práce, kdy se lze s kategorií dobrých mravů, jako „normativní“ kategorií, jež má ovlivňovat interpersonální působení subjektů pracovního práva, setkat zejména v obecných ustanoveních upravujících základní práva a povinnosti těchto subjektů, především pak zaměstnavatele. To je patrné např. z ustanovení citovaného zákona, jež se zabývá povinností zaměstnavatele k zabezpečení a péči o zdravý a harmonický rozvoj pracovně právních vztahů mezi jeho zaměstnanci, který má být v souladu s právními předpisy, a zejména by pak neměl vybočovat z obecné normativní kategorie dobrých mravů²².

Vyjádření pojmu dobré mravy není v českém zákoníku práce tak explicitního charakteru, jako na Slovensku, nicméně i v českém zákoníku práce jsou dobré mravy zmiňovány zejména v kontextu s výčtem základních zásad pracovněprávních vztahů. Jmenovitě jsou zmíněny v ustanovení § 14, podle kterého nesmí *být výkon práv a povinností vyplývající z pracovněprávních vztahů v rozporu s dobrými mravy*. V tomto směru pak dobré mravy vytváří jakási pravidla morálního charakteru (tolerance, vzájemná slušnost, apod.), která mají vést k udržení morálního kreditu společnosti plynoucí ze vzájemného respektování se a mají tak být v souladu s morálními zásadami společnosti²³. Dobré mravy dále ovlivňují např. i tu část pracovního práva, jež je zaměřena na odpovědnost účastníků pracovněprávních vztahů za škodu jak v případě obecné odpovědnosti, kdy zákoník práce jako jednu z podmínek jejich vzniku uvádí *"porušení právních povinností nebo úmyslné jednání proti dobrým mravům"*²⁴, tak i v případě vymezení odpovědných subjektů na straně zaměstnance²⁵.

Nicméně ani v jednom ze zmíněných právních prostředích, právních rádech a právních předpisech nejsou dobré mravy blíže definovány tak, abychom mohli jednoznačně explicitně vyjádřit, jaká vzájemná interakce a chování subjektů lze pod pojem dobrých mravů subsumovat a naopak jaké chování je již nutné považovat za exces, který se již obsahovému vymezení dobrých mravů přičítá.

²⁰ Barancová, H., Zákoník práce - komentář, s. 23

²¹ inkorporace pojmu "dobré mravy" přímo do některých ustanovení právního předpisu

²² Ust. § 13 odst. 5 z. č. 262/2006 Sb. Zákoník práce

²³ Bělina, M.: Zákoník práce - komentář, s. 39

²⁴ Ust. § 265 odst. 5 z. č. 262/2006 Sb. Zákoník práce

²⁵ Ust. § 261 odst. 3 ZP *Za škodu odpovídá i zaměstnanec, který ji způsobil úmyslným jednáním proti dobrým mravům*

2.1 BLIŽŠÍ OBSAHOVÉ VYMEZENÍ POJMU "DOBŘÉ MRAVY"

Jak jsem již uvedl, není pojem dobrých mravů nikde v právních předpisech blíže specifikovaný. Obsah pojmu dobrých mravů totiž není rigidního charakteru a bezesporu jeho podoba úzce koresponduje s měnícími se postoji a vývojem společnosti. V tomto duchu pak ke kategorii dobrých mravů přistupuje i judikatura, která se při charakteristice dobrých mravů vyhýbá zúžení prostoru pro aplikační praxi cestou soudcovských definic obsahu tohoto pojmu²⁶.

Pokud bychom se však chtěli dopídit bližšímu obsahovému vymezení pojmu dobré mravy, tak toho lze částečně dosáhnout pomocí analýzy některých judikovaných rozhodnutí²⁷. K nejčastěji skloňovaným rozhodnutím, v nichž byla pozornost směřována k dobrým mravům, patří rozhodnutí Nejvyššího soudu, který ve svém právním názoru jednak vyjádřil blízkou koexistenci pojmů dobré mravy a morálka, a v druhé řadě také vymezil dobré mravy jako jednu ze základních zásad soukromého práva²⁸, které se mají používat za účelem vydefinování a omezení obsahu a výkonu subjektivních práv. Z pohledu obsahu pojmu dobrých mravů pak podle názoru Nejvyššího soudu do této kategorie spadají všeobecně platné normy morálky, u kterých je dán všeobecný zájem na jejich respektování. Základním prvkem existenci kategorie dobrých mravů, resp. obecného požadavku chování se v souladu s dobrými mravy je zamezení a vyloučení možností výkonem subjektivních práv porušit pravidla morálky, dále pak zabezpečení alespoň elementární míry slušnosti při výkonu subjektivních práv a dodržování etického minima při výkonu těchto práv²⁹.

K obsahovému pojmu dobrých mravů se ve svých nálezech vyjádřil také Ústavní soud České republiky, jenž pod pojmem dobrých mravů chápe jsou souhrn etických, obecně zachovávaných a uznávaných zásad, jejichž dodržování je mnohdy zajišťováno i právními normami tak, aby každé jednání bylo v souladu s obecnými morálními zásadami demokratické společnosti³⁰.

V judikatuře se k dobrým mravům vyjádřil i Nejvyšší soud ČR, jenž pod dobrými mravy rozumí souhrn společenských, kulturních a mravních norem, které v historickém vývoji osvědčují jistou neměnnost, vystihují

²⁶ Hurdík, J., Lavický, P., Systém zásad soukromého práva, s. 123

²⁷ samozřejmě za zachování dříve uvedeného tvrzení, podle kterého jak zákonodárce, tak judikatura akceptuje obsahové vymezení pojmu dobrých mravů jak jako nerigidní a v čase proměnlivé veličiny

²⁸ charakter dobrých mravů jako základní zásady soukromoprávních vztahů pak vyplývá i z ust. § 3 a ust. § 39 z.č. 64/1964 Sb. občanský zákoník

²⁹ Barancová., H.: Zákoník práce: komentář, s. 23

³⁰ Usnesení Ústavní soudu ze dne 26.2.1998 sp.zn. ÚS 249/97

podstatné historické tendence, jsou přijímány rozhodující částí společnosti a mají povahu základních norem³¹.

2.2 NĚKOLIK PŘÍKLADŮ UPLATNĚNÍ KATEGORIE DOBRÝCH MRAVŮ

V konkrétnější podobě je možné poukázat na působení normativu dobrých mravů např. v souvislosti se stále více aktuálním problémem soudobé společnosti, který se stále více objevuje zejména v pracovněprávních vztazích, a tím je tzv. mobbing, což je stav, kdy je dosti často porušována jedna z povinností zaměstnavatele, který má podle zákoníku práce vytvářet pro zaměstnance vhodné pracovní prostředí. Mobbingem pak můžeme rozumět stav, kdy dochází k systematickému, cílevědomému a především opakovanému útoku (nátlaku) zaměstnance nebo skupiny zaměstnanců na s na své kolegy na pracovišti³². Vyprofilovanější podobou mobbingu pak je bossing, kdy je harmonické prostředí narušováno ne v horizontální, ale ve vertikální podobě. V případě bossingu tak ze strany zaměstnavatele již dochází k transparentnímu porušování vztahu se zaměstnancem právě na úseku dobrých mravů, neboť obsahem bossingu pak povětšinou je psychický teror zapříčinění nadměrným ukládáním pracovních úkolů, pohrůzkami výpovědí, bez pragmatického důvodu neposkytování dovolené v zaměstnancem požadovaných termínech, stanovování neúměrně vysokých norem práce apod.. Zaměstnavatel tak systematicky sleduje a psychicky deprimuje své zaměstnance, popřípadě je nějakým způsobem šikanuje s cílem, aby zaměstnanec ze svého popudu skončil pracovněprávní vztah, bossingem a konflikt s normativem dobrých mravů je i postih či znevýhodnění zaměstnance za to, že se zákonným způsobem domáhá sám nebo za pomoci jiných zaměstnanců svých práv vyplývajících z pracovněprávního vztahu. Všechny tyto nastíněné formy chování jsou z pohledu společnosti neakceptovatelné a kolidují se společenskými pravidly chování, míněním a jsou tak z pohledu dobrých mravů neakceptovatelné.

Dalším konkrétním projevem kategorie dobrých mravů do oblasti pracovního práva, zhmotněným v některém ze zákonných ustanovení, je obecná zásada pracovního práva, která zaměstnavateli ukládá obecný zákaz, podle kterého zaměstnavatel nesmí bez právního důvodu zasahovat do práv a oprávněných zájmů účastníků pracovněprávního vztahu a výkon práv a povinností vyplývajících z pracovněprávních vztahů nesmí být v rozporu s dobrými mravy³³.

³¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26.6.1997, sp. zn. 3 Cdo 69/1996.

³² Svobodová, L., Nenechte se šikanovat kolegou, s. 18

³³ Viz ustanovení § 14 z. č. 262/2006 Sb. zákoník práce

Dobré mravy nabírají na významu především při výkonu úlohy pomocného vodítka pro vyplňování mezer v práva a zejména pak při interpretaci a usměrňování působení již existujících právních norem a jako poslední záchranná pomůcka při realizaci soudcovské praxe. Uvedené lze demonstrovat na případě v současném světě pracovního práva vládoucí koncepti relativní neplatnosti právních úkonů³⁴. Po nabití účinnosti nálezu Ústavního soudu č. 116/2008 Sb.³⁵, jenž zrušil ustanovení § 20, které upravovalo absolutní neplatnost právních úkonů, zůstávají všechny pracovněprávní úkony neplatné pouze relativně, tj. dotčený subjekt se jejich neplatnosti musí dovolat, jinak po uplynutí tříleté lhůty³⁶ pro podání námítky neplatnosti právního úkonu, nabývají všechny učiněné právní úkony kvalitu legálně uzavřených právních úkonů.

Mohlo by tak dojít k situaci, kdy by např. pracovní smlouva obsahoval závazek zaměstnance³⁷, který by byl jinak podle "selského rozumu" a před účinností nálezu vládoucí koncepte zatížen absolutní neplatností. V dnešní době by se však i tyto na první pohled z kategorie dobrých mravů vybočující ujednání staly ujednáními platnými a soudně vymahatelnými a koneckonců by takový přístup i plně vyhovoval koncepti právního pozitivismu. V kontextu uplatnění regulativu dobrých mravů by však bylo možné aplikovat iusnaturalistický přístup personifikovaný tzv. Radbruchovou formulí, podle které *"konflikt mezi spravedlností a právní jistotou patrně nelze řešit jen tak, že pozitivní právo, zajišťované předpisy a mocí, má přednost i tehdy, pokud je obsahově nespravedlivé a neúčelné, vyjma toho, jestliže rozpor mezi pozitivním zákonem a spravedlností dosáhne tak nesnesitelné míry, že zákon musí jako "nenáležitě právo" (unrichtiges Recht) spravedlnosti ustoupit"*³⁸. V tomu odpovídajícím slova smyslu se vyjádřil³⁹ i JUDr. Drápal, který z pozice předsedy senátu Nejvyššího soudu uvedl, že se s problémem relativní neplatnosti právních úkonů bude nutno vypořádat pomocí využití aplikace korektivu společenských vztahů v podobě dobrých mravů.

Obdobně, jako v tomto případě, by podle mého názoru bylo možné postupovat i při napadení příslušných ustanovení zákona o zaměstnanosti,

³⁴ Kadlecová, T., Velká neznámá: relativní neplatnost [online], cit. dne [13.5.2011] dostupné z: <http://www.novinky.cz/kariera/221225-velka-neznama-relativni-neplatnost.html>

³⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 12. března 2008 ve věci návrhu na zrušení některých ustanovení zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, č. 116/2008 Sb.

³⁶ viz ust. § 329 odst. 1 ZP

³⁷ jako příklad lze uvést 5ti letou zkušební dobu, výkon práce bez časových omezení či bez nároku na odměnu, nebo by druhem vykonávané práce bylo poskytování sexuálních služeb apod.

³⁸ Holländer, P., Filosofie práva, s. 19

³⁹ JUDr. Drápal se tak vyjádřil ve vztahu k obhajobě svého rozhodnutí v případě NS sp. z. 21 Cdo 2362/2009 relativní neplatnost konkurenční doložky.

podle nichž nemá uchazeč o zaměstnání právo na poskytnutí hmotného zajištění v podobě podpory v nezaměstnanosti po dobu, po kterou mu náleží nárok na odstupné⁴⁰. Mohlo by tak totiž dojít k situaci, kdy bude zaměstnanci náležet odstupné např. ve výši 12 násobku průměrných měsíčních výdělků, nicméně zaměstnavatel mu nevyplatí a nyní již bývalý zaměstnanec a současný uchazeč o zaměstnání tak zůstane bez jakýchkoliv finančních prostředků, z kterých by mohl saturovat svoje životní potřeby. Domnívám se, že takto vzniklý stav společenských vztahů nelze v žádném případě považovat za spravedlivý. Nota bene bude takovému to stavu s nejvyšší pravděpodobností chybět i přívlastek legitimacy, a to i přes to, bude produktem aplikace legálně přijatých právních norem legitimně a legálně vytvořeným zákonodárným sborem a bude tak splňovat procedurální stránku legitimacy⁴¹.

Jak bylo naznačeno výše, vliv kategorie dobrých mravů jako pomocného interpretačního pravidla není patrný pouze v národní české právní úpravě, ale lze se s ním samozřejmě setkat i v jiných, zahraničních právních řádech. Jako příklad lze uvést Německou právní úpravu odměňování zaměstnanců za jimi vykonanou práci přes čas, tedy nad rámec jejich standardně určené pracovní doby.

V Německu je např. tato situace řešena tak, že by veškerá ujednání, která by měla za cíl stanovit zaměstnancům povinnost poskytovat pracovní pohotovost, ovšem bez toho, aby jim za ni náležela i finanční kompenzace, byla hodnocena jako neplatná. Ačkoliv není v tamní právní úpravě nikterak normativně stanoveno výše odměny za práci, resp. neexistuje zde žádný předpis upravující minimální mzdu, a dalo by se tedy říci, že proti poskytnutí přesčasové práce zdarma nejsou stanoveny žádné překážky, tak se jednoznačně jedná o neplatné ujednání. Neplatnost takového ujednání je odvozována právě z rozporu této dohody s dobrými mravy⁴². Pokud kolektivní nebo tarifní smlouvy neobsahují žádné ujednání o finanční odměně za pracovní pohotovost, je podle obecných principů k odměňování pracovní pohotovosti zaměstnavatel vázán v případech, kdy lze z pozice zaměstnance očekávat, že je pohotovost vykonávána za peníze. V souladu s dobrými mravy je pak výše odměny, která za takovou práci zaměstnanci náleží, odvozována od obvykle vyplácené výše odměny, kterou zaměstnanci běžně dostávají za práci stejného, nebo obdobného druhu⁴³.

⁴⁰ ust. § 44a zák. č. 435/2004 Sb. zákon o zaměstnanosti

⁴¹ K tomu blíže Holländer, P.: *Filosofie práva*, s. 275

⁴² § 138 BGB, dostupné z http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_138.html

⁴³ § 612 BGB

3. ZÁVĚREČNÉ SHRNUTÍ

Z obecného pohledu tak lze i se zaměřením ke konkrétní právní disciplíně, za kterou lze bezesporu pracovní právo bez jakýchkoliv obav označit, konstatovat, že je kategorie dobrých mravů inkorporována jako jakýsi vyšší korektiv nejen právních vztahů a současně jako interpretační pomůcka i v normách a světě pracovního práva. I zde jsou pak dobré mravy chápány jako vyšší pravidla morálky, které mají být nejen subjekty pracovního práva, ale i samotným pracovněprávními normami respektovány, a to i přes to, že nemají podobu ani formu konkrétní právní normy. Charakter právních norem reflektujících působení korektivu dobrých mravů v současnosti odpovídá dřívější, z pohledu identifikace těchto ustanovení transparentnější větná konstrukce „pravidla slušnosti a občanského soužití“. Překážkou v realizaci některých právních vztahů a současně charakter korektivu legislativní úpravy těchto vztahů pak leží zejména v samotné kategorii rozporu s dobrými mravy (*contra bonos mores*). Jak je všeobecně jasné, spočívá jednání či realizace konkrétního právního vztahu či realizace působení konkrétní právní normy v rozporu se společensky akceptovatelnými a přijímanými vzorci chování, stejně tak jako v rozporu s obecně panujícím společenským míněním, podle kterých je pak ve společnosti to které jednání akceptováno v pozitivním, nebo naopak v negativním významu.

Závěrem je nicméně nutné říci, že ačkoliv se celé toto pojednání zaměřuje na obecný normativ a korektiv dobrých mravů v pracovním právu, není tato kategorie na žádném místě zmiňovaného předpisu, ale ani na žádném jiném místě právního řádu, explicitně vyjádřena, resp. definována množina konkrétních pojmů a situací, které mají být do této množiny zahrnuty. I v pracovním právu je tak nutné ve vztahu k jejich bližšímu vymezení vycházet z obecné soukromoprávní teorie a judikatury, kdy např. Nejvyšší soud vyslovil názor, že je pod dobrými mravy nutno rozumět souhrn společenských, kulturních a mravních norem, které v historickém vývoji osvědčují jistou neměnnost, vystihují podstatné historické tendence, jsou sdíleny rozhodující částí společnosti a mají povahu fundamentálních norem⁴⁴. Je tak třeba také podotknout, že by jakýkoliv pokus o exaktní a tím pádem i rigidní vymezení kategorie dobrých mravů musel narazit na kreativitu lidského jednání a vývoje jeho chování, stejně jako na neustálé modifikace hodnotového a mravního žebříčku společnosti, který se tak neustále, včetně hodnocení toho, co je a co není morální, vyvíjí a mění. Stejně tak by rigidní vymezení pojmu dobré mravy nebylo v souladu s

⁴⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26.6.1997, sp. zn. 3 Cdo 69/1996.

charakterem této kategorie, která je jednak v čase proměnná a pak má být vždy vykládána *ad hoc* ve vztahu ke konkrétnímu posuzovanému případu⁴⁵.

Nutno podotknout, že i přes to, že se s pojmem "dobré mravy" můžeme v zákonných předpisech na několika místech přímo setkat, působí tato ustanovení v rámci celého předpisu spíše proklamativně. Dává tak pouze tušit potvrzení myšlenky, podle které je i v našem právním systému, kde nejsou dobré mravy řazeny mezi prameny práva, že i přesto jsou dobré mravy důležitou součástí legislativního procesu tvorby právních norem i jejich vlastní realizace.

Literature:

- Barancová, H.: Zákoník práce: komentár, Praha: C.H.Beck, 2010, 673 s., ISBN 9788074001727
- Barancová H., Schronk, R.: Pracovní právo, Bratislava: Sprint dva, 2009, 799 s., ISBN 9788089393114
- Bělina, M., a kol.: Pracovní právo, Praha: C. H. Beck, 2010, 575 s., ISBN 9788074001864
- Bělina, M.: Zákoník práce - komentář, Praha: C. H. Beck, 2008, 1084 s., ISBN 9788071796077
- Boguszak, J., a kol.: Teorie práva. Praha: ASPI Publishing, 2004, s. 347, ISBN 8073570300
- Hobbes, T.: Leviathan (přeložil Josef Hruša), Praha: Melantrich, 1941, 375 s., ISBN neuvedeno
- Holländer, P.: Filosofie práva, Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 s., ISBN 8086898962
- Hurdík, J.: Lavický, P., Systém zásad soukromého práva, Brno: MU, 2010, 197 s., ISBN 9788021050631
- Hurdík, J.: Zásady soukromého práva, Brno: MU, 1998, 168 s., ISBN 8021020016

⁴⁵ V usnesení ÚS ČR ze dne 26.2.1998 sp.zn. ÚS 249/97 se ÚS vyjádřil v tom smyslu, že obecný horizont dobrých mravů se *mění s vývojem společnosti i svůj morální obsah v prostoru i čase...*

- Kriele, M., Einführung in die Staatslehre, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1994, 364 s., ISBN 3531125648
- Stone, J., R.: The Routledge dictionary of Latin quotations, New York: Routledge, 2005, 40. s., ISBN 0415969085
- Svobodová, L.: Nenechte se šikanovat kolegov, Praha: Grada Publishing, a.s., 2008, 104 s., ISBN 9788024724744
- Kadlecová, T., Velká neznámá: relativní neplatnost [online], cit. dne [13.5.2011] dostupné z: <http://www.novinky.cz/kariera/221225-velka-neznama-relativni-neplatnost.html>
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27.11.2003 sp. zn. 30 Cdo 664/2002
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26.6.1997, sp. zn. 3 Cdo 69/1996
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27.11.2003 sp. zn. 30 Cdo 664/2002
- Usnesení Ústavního soudu ze dne 26.2.1998 sp.zn. ÚS 249/97
- Nález Ústavního soudu ze dne 12. března 2008 č. 116/2008 Sb.
- zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 311/2001 Z.z., zákonník práce, v znení neskorších predpisov

Contact – email

Jan.horecky@law.muni.cz

DOBŘÉ MRAVY A DOBRÁ VÍRA PŘI UZAVÍRÁNÍ DISTANČNÍCH SMLUV - VYBRANÉ PROBLÉMY

MILOSLAV HRDLIČKA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno, Česká republika

Abstract in original language

Dobré mravy a dobrá víra patří k základním zásadám soukromého práva. Jedná se o instituty, které svými kořeny sahají až do dob římského práva a jejich role je nezastupitelná i v dnešní době. Tento příspěvek se bude zabývat problematikou uplatnění těchto institutů v případech distančního uzavírání smluv. Elektronické uzavírání smluv je problematikou novou a vyvstávají tedy otázky, zda a s jakými specifiky se uplatní dobré mravy a dobrá víra i v případech distančních smluv.

Key words in original language

Elektronická kontraktace, distanční smlouva, dobré mravy, dobrá víra.

Abstract

Good manners and good faith are the fundamental principles of the private law. This contribution will address the applicability of these principles in the distance contracts. New issue of electronic contracting raises also questions of the relevance of the principles of good manners and good faith in the distance contracts. Aim of this contribution is to explore the specifics of possible applicability of these principles in the process of the distance contracting.

Key words

Electronic contracting, distance contract, good manners, good faith.

1. ÚVOD

S pojmem dobrých mravů a dobré víry se lze v právním prostředí setkat velice často. Není ale již pravidlem, že by se oba pojmy využívaly správně a především je možné najít různé přístupy k těmto institutům. Hledání nějaké obecně použitelné definice je nevděčným a dovolím si na tomto místě tvrdit i jen velice těžko představitelným úkolem. Jedná se o instituty, které jsou úzce spjaty s kategoriemi jako morálka a mrav. Jejich vymezení představuje značný problém. Důvodů pro toto konstatování je hned několik. Na prvním místě bych chtěl uvést to, že význam těchto pojmů se mění v průběhu různých časových období. Oba pojmy znalo již římské právo. Je ale zřejmé, že v dnešní době a za současného stupně vývoje společnosti bude přístup k těmto pojmům poněkud odlišný. Za další důvod je možné podle mého názoru považovat především to, že tyto instituty dopadají na celou řadu často naprosto rozdílných situací, kdy je možné považovat za velice složité, pokusit se o generalizaci základních aspektů do jedné všeobecné definice.

Cílem tohoto článku nebude snaha o nalezení definice těchto pojmů, ale příspěvek bude zaměřen na konkrétní uplatnění těchto institutů v případech distančních elektronických spotřebitelských smluv.

2. KRÁTCE K POJMU DOBRÉ MRAVY A ELEKTRONICKÁ DISTANČNÍ SMLOUVA

I přes výše uvedené je třeba se krátce pozastavit u obou klíčových pojmů. Je nutné uvést alespoň několik poznámek důležitých pro další výklad provedený v tomto příspěvku.

V teorii i praxi je možné nalézt mnoho přístupů a pokusů o definici institutu dobrých mravů. Jedním dechem je nutné dodat, že se jedná především o dílčí pokusy vymezit dobré mravy v kontextu konkrétního případu (jedná se především o přístup k těmto pojmům ze strany soudní judikatury). Tyto různé přístupy mnohdy vyplývají z postavení a povahy subjektu, který výklad daných pojmů provádí.

Při hledání možností, jak se přiblížit k vymezení těchto pojmů, je nutné podle mého názoru na prvním místě zabrousit do textu některého z právních předpisů. Text zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (jako "základního kodexu soukromého práva") neobsahuje definici tohoto pojmu. Zákonodárce se takovéto definici vyhnul a v textu zákona se omezuje pouze na odkaz na dobré mravy hned v několika ustanoveních.¹ Návrh nového občanského zákoníku v tomto směru prakticky nic zásadně nemění.² Ani při hledání v jiných právních předpisech různé právní síly není možné nalézt žádnou obecnou definici. Proč právě tento přístup? Odpovědí na tuto otázku je podle mého názoru možné hledat v samotné podstatě těchto institutů a jejich roli v právu jako takovém.³

Oběma instituty se zabývají i mnozí autoři odborné literatury⁴. Plně se ztotožňuji s názorem, kdy dobré mravy jsou charakterizovány jako

¹ K nejdůležitějším patří zejména ustanovení § 3 a § 39 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku ve znění pozdějších předpisů. Pojem dobrých mravů najdeme i v jiných ustanoveních. Vzhledem k zaměření tohoto příspěvku je ale nutné upozornit právě na ustanovení výše uvedená.

² Viz. ustanovení § 1 a § 2 Návrhu nového občanského zákoníku, jehož aktuální verze je dostupná z: http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/Navrh_zakona_s_obsahem_04052011_final.pdf

³ Blíže viz např.: Hulva, T.: Ochrana spotřebitele, Praha: ASPI, 2004, 451s., ISBN 8073570645 nebo Hurdík, J., Lavický, P.: Systém zásad soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita, 2010, 197 s., ISBN 9788021050631

⁴ Např. Salač, J.: Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu, Praha: C. H. Beck, 2004, 320 s., ISBN 8071799149 nebo z novější literatury opět Hurdík, J., Lavický, P.: Systém zásad soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita, 2010, 197 s., ISBN 9788021050631

nedefinovatelný pojem.⁵ Podle mého názoru je tento přístup správný a jakýkoliv pokus o definici tohoto pojmu by vedl k omezení možnosti využití tohoto institutu v našem právním řádu.

Dále je třeba zmínit přístup k tomuto pojmu ze strany soudů. Judikatura k této oblasti je poměrně bohatá. Při bližším seznámení se s konkrétními rozhodnutími je nutné souhlasit s konstatováním, že přístup k pojmu dobrých mravů není zcela ustálen⁶. Typická je i roztržitost, kdy se s institutem dobrých mravů pracuje při zkoumání mnoha odlišných případů.

Klíčovým pojmem prolínajícím se celým tímto příspěvkem je i elektronická distanční smlouva. Tento pojem je poměrně nový, ale v odborné literatuře⁷ i praxi již v podstatě ustálený a obecně přijímaný. Pro seznámení se s tímto pojmem je možné odkázat právě na výše uvedenou odbornou literaturu. V tomto příspěvku bude pojednáno o elektronických spotřebitelských distančních smlouvách uzavíraných prostřednictvím internetu.

3. DOBRÉ MRAVY PŘI UZAVÍRÁNÍ DISTANČNÍCH SMLUV

Základní otázkou, kterou je třeba se zabývat hned na prvním místě, je, zda vůbec se vztahuje institut dobrých mravů i na tyto do jisté míry specifické právní vztahy (vznikající při elektronickém uzavírání smluv). Jak již bylo naznačeno výše, elektronické uzavírání smluv je poměrně novým jevem. To ovšem podle mého názoru rozhodně nevylučuje použití institutu dobrých mravů. Je tedy nutné vypořádat se jednak s problematikou, zda vůbec se institut dobrých mravů uplatní při elektronické kontraktaci a pokud ano, s jakými specifiky. Podle mého názoru je institut dobrých mravů použitelný i pro elektronicky uzavřené distanční smlouvy.

Jako odůvodnění výše uvedeného názoru je nutné poznamenat především to, že podle § 3 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "občanský zákoník"), kde je stanoveno, že výkon práv a povinností z občanskoprávních vztahů nesmí být v rozporu s dobrými mravy⁸. Není přitom pochyb o tom, že i právní vztahy vznikající na základě elektronicky uzavírané smlouvy je možné subsumovat do množiny občanskoprávních vztahů (pokud jsou splněny i další předpoklady - např. povaha subjektů uzavírajících konkrétní smlouvu, atd.). Jako u všech

⁵ Hurdík, J., Lavický, P.: Systém zásad soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita, 2010, 197 s., ISBN 9788021050631

⁶ Hurdík, J., Lavický, P.: Systém zásad soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita, 2010, 197 s., ISBN 9788021050631

⁷ Blíže např. Fiala, J., Kindl, M. a kol.: Občanský zákoník: komentář I. díl. (§ 1 až 487), Praha : Wolters Kluwer ČR, 2009, 866 s., ISBN 9788073573959

⁸ Viz. úplné znění ustanovení § 3 občanského zákoníku.

občanskoprávních vztahů, musí se i jejich účastníci tedy obecně chovat v souladu s dobrými mravy.

Dobré mravy se podle mého názoru uplatní i v případech elektronické kontraktace. Dalšími otázkami, které vyvstávají, je zejména to, v jakých konkrétních případech při elektronické kontraktaci je využití korektivu dobrých mravů myslitelné a žádoucí. Bude toto uplatnění v nějakém směru specifické s ohledem na poměrně zvláštní povahu elektronického uzavírání smluv? Veškeré tyto otázky je třeba blíže diskutovat.

Jak již bylo naznačeno výše, bude další výklad tohoto příspěvku prezentován především v souvislosti se spotřebitelskými smlouvami uzavíranými jako smlouvy elektronické. Důvodem pro toto zúžení je především to, že v praxi velká část elektronických distančních smluv jsou právě smlouvy spotřebitelské.

Elektronické distanční smlouvy spotřebitelské jsou upraveny v občanském zákoníku především v ustanoveních § 53 a následujících. Jedná se o speciální právní úpravu, která zahrnuje hned několik zvláštních nároků, které může využít spotřebitel. Na druhé straně je zde obsažena řada povinností především pro dodavatele. Tato právní úprava má původ v právu evropském⁹ a jednoznačně v ní můžeme spatřovat jednu z tendencí současného civilního práva - ochranu slabší smluvní strany (v tomto případě spotřebitele).¹⁰

4. KONKRÉTNÍ PROJEVY INSTITUTU DOBRÝCH MRAVŮ V PŘÍPADECH ELEKTRONICKY UZAVÍRANÝCH SPOTŘEBITELSKÝCH SMLUV

Spotřebitelé uzavírají elektronické smlouvy velice často. Jednají ale vždy při uzavírání elektronických smluv v souladu s dobrými mravy?

V praxi je v dnešní době poměrně častým jevem to, kdy spotřebitelé si vyberou z velké nabídky prezentované v prostředí internetu nějaký konkrétní výrobek. Tento výrobek je ale možné objednat hned od několika subjektů (dodavatelů). Typické pro elektronickou kontraktaci je to, že takovýto výběr (hned od několika dodavatelů) může spotřebitel provést během velmi krátkého časového úseku a bez nutnosti navštěvovat nějaké vzdálené provozovny dodavatelů. Běžné proto je, že spotřebitel porovná zboží od různých subjektů z celé České republiky¹¹. Potom ale nenásleduje

⁹ Srovnej ustanovení § 51a občanského zákoníku.

¹⁰ Blíže viz např. Selucká, M.: Ochrana spotřebitele v soukromém právu, Praha: C. H. Beck, 2008, 134 s., ISBN 9788074000379

¹¹ Pro dnešní dobu je typické i to, že si spotřebitel vybere požadované zboží od některého dodavatele ze zahraničí. Tato problematika je též velice složitá, ale není předmětem

vždy vybrání jen jedné nabídky a uzavření elektronické smlouvy. Spotřebitel v některých případech postupuje tak, že si objedná daný výrobek hned od několika dodavatelů současně a uzavře hned několik elektronických smluv o prakticky stejném obsahu. Způsob vyzvednutí zboží je nejčastěji uskutečněn prostřednictvím nějakého doručovatele zásilek (Česká pošta, s.p., nebo ještě častěji některý z poskytovatelů expresní přepravy zásilek) a zaplacení kupní ceny je uskutečněno formou dobírky, popřípadě při převzetí zboží kupujícím. A zde přichází zásadní okamžik - spotřebitel přebere a zaplatí výrobek, který mu dojde nejdříve. Ostatní výrobky, které mu jsou doručeny později, odmítne nejčastěji převzít a jejich dodání ignoruje.

V předcházejícím odstavci byl nastíněn faktický stav, který se v praxi vyskytuje. Nyní k dané situaci z pohledu současné právní úpravy. U elektronické kontraktace je nutné v první řadě určit okamžik, kdy vznikne elektronická smlouva. V textu žádného právního předpisu není tento okamžik stanoven. Proto je podle mého názoru nutné zabrousit do odborné literatury a popřípadě i judikatury. Zejména judikatura může v tomto směru poskytnout důležitá vodítka. V České republice nenajdeme mnoho rozhodnutí zabývajících se danou problematikou. Jako jedno z mála je možné uvést rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30.10.2009, sp. zn. 33 Cdo 3210/2007¹². Zde nejvyšší soud dovozuje, že elektronická smlouva nevzniká samotným vyplněním formuláře umístěného na nějaké www stránce, protože nevyhovuje adresnosti návrhu na uzavření smlouvy (obsaženého v ustanovení § 43a občanského zákoníku). Toto vyplnění je podle názoru Nejvyššího soudu ČR pouze jakýmsi impulzem ze strany spotřebitele, ve kterém sdělí dodavateli své osobní údaje a vůbec zájem o uzavření konkrétní smlouvy. Dodavatel by pak měl zaslat spotřebiteli dostatečně určitý návrh, na jehož základě může vzniknout elektronická spotřebitelská distanční smlouva.

Elektronická smlouva mezi spotřebitelem a dodavatelem tedy samozřejmě může platně vzniknout v českém právním prostředí. Ve shora nastíněném případě uzavře spotřebitel hned několik elektronických distančních spotřebitelských smluv. Každý dodavatel poté poskytne plnění v souladu s uzavřenou smlouvou a podle mého názoru očekává, že spotřebitel skutečně chce smlouvu dodržet a převzít předmět koupě a zaplatit za něj kupní cenu. Spotřebitel toto ale neučiní. Na základě jakého ustanovení se spotřebitel takto zachová? Jedná se právě o speciální úpravu možnosti spotřebitele odstoupit od elektronicky uzavřené distanční smlouvy obecně ve lhůtě 14 dnů od převzetí plnění obsaženou v ustanovení § 53 odst. 7 občanského

výkladu tohoto příspěvku. Těmito otázkami se zabývá především mezinárodní právo soukromé.

¹² Plný text rozhodnutí dostupný z: http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/judikatura_prevedena2.nsf/WebSearch/305808CAD49F174CC12576C500592AAF?openDocument

zákoníku. Text tohoto ustanovení ovšem jednoznačně spojuje začátek běhu této lhůty s okamžikem převzetí plnění. V modelovém případě uvedeném výše ale spotřebitel nepřevzme vůbec zboží. Může tedy spotřebitel takto postupovat? Text občanského zákoníku ani jiného právního předpisu se touto problematikou nezabývá. Bližší úpravu nenajdeme ani na poli práva evropského. Tuto otázku se snaží překlenout autoři pomocí výkladu daného ustanovení. Osobně si myslím, že nejvhodnější je přístup prezentovaný v odborné literatuře¹³.

Otázkou, která nutně vyvstává v souvislosti s výše uvedeným, je, zda je toto chování spotřebitele v souladu s dobrými mravy. Spotřebitel od začátku kontraktačního procesu vystupuje s úmyslem odstoupit od smlouvy a nepřevzít dané zboží. Na druhou stranu bude spotřebitel argumentovat právě ustanovením § 53 odst. 7 občanského zákoníku, kde je právě možnost odstoupení od smlouvy obsažena.¹⁴ Problémem zůstává, jaký praktický dopad na tyto situace by mělo, kdyby bylo uznáno, že takovéto jednání by bylo v rozporu s dobrými mravy a tedy i právní úkon by byl absolutně neplatný podle ustanovení § 39 občanského zákoníku. Na žádnou z těchto otázek není podle mého názoru možné jednoznačně odpovědět.

Dále je třeba zmínit i tuto situaci z pohledu dodavatele. Dodavatel odešle zboží v souladu s podmínkami stanovenými smlouvou. Již s tímto odesláním mu vznikají náklady. Zde je třeba zmínit, že občanský zákoník v ustanovení § 53 odst. 10 stanovuje, že využije-li spotřebitel právo na odstoupení od smlouvy podle ustanovení § 53 odst. 7 občanského zákoníku, má dodavatel právo požadovat pouze skutečně vynaložené náklady spojené s vrácením zboží.¹⁵ Důraz by měl být kladen především na pojem skutečně vynaložených nákladů. V souladu s názorem prezentovaným v odborné literatuře¹⁶ je možné konstatovat, že by se mělo jednat o opravdu vynaložené náklady, které vznikly dodavateli v konkrétním případě. Z toho také plyne, že tyto náklady budou nejspíše v každém konkrétním případě jiné. Spotřebitel by měl poté platit jen tyto konkrétní náklady. Dále je třeba připomenout, že text zákona hovoří pouze o nákladech spojených s vrácením zboží. Proto není toto ustanovení aplikovatelné na náklady spojené s dodáním zboží. Tyto náklady jsou tedy v konečném důsledku placeny ze strany dodavatele. I pro velký a ekonomicky silný subjekt (dodavatele) mohou takto vzniklé náklady znamenat problémy, které mohou

¹³ Eliáš, K. a kol.: Občanský zákoník: velký akademický komentář - 1. svazek § 1-487, Praha: Linde, 2008, 1391 s., ISBN 9788072016877

¹⁴ Pokud se neztotožníme s výše uvedeným výkladovým přístupem k nepřevzetí zboží kupujícím, stále bude zachována tato lhůta pro odstoupení. Spotřebitel by ale musel zboží formálně převzít a poté využít svého práva odstoupit od smlouvy.

¹⁵ Ustanovení § 53 odst. 10 občanského zákoníku.

¹⁶ Eliáš, K. a kol.: Občanský zákoník: velký akademický komentář - 1. svazek § 1-487, Praha: Linde, 2008, 1391 s., ISBN 9788072016877

být značné, pokud by se o tyto případy jednalo ve značné míře. Dodavatel se ale proti těmto praktikám nemůže v podstatě žádným způsobem bránit. Možnost odstoupit od smlouvy je dána spotřebiteli kogentním ustanovením občanského zákoníku a dodavatel nemůže toto ustanovení žádným způsobem vyloučit.

5. ZÁVĚREČNÉ SHRNUTÍ

Elektronické uzavírání smluv je dnes již naprosto běžným jevem. Právní vztahy vznikající na základě elektronické smlouvy, je možné podle mého názoru považovat za občanskoprávní vztahy. Právě proto platí i pro subjekty těchto vztahů obecně uznávaná zásada chovat se v souladu s dobrými mravy. I přes problematiku vymezení pojmu dobrých mravů vznikají v praxi při elektronickém uzavírání smluv situace, kdy je podle mého názoru možné konstatovat, že subjekty (velice často spotřebitelé) nejednají v souladu s dobrými mravy. Výše uvedené může vyvolat podle mého názoru zajímavou diskusi, kdy do jakési konfrontace se dostávají v daném případě dvě základní zásady soukromého práva. Na jedné straně stojí zásada ochrany slabší smluvní strany (spotřebitele) a na druhé straně chování spotřebitele, na které by bylo možné nahlížet jako na rozpor s dobrými mravy.

V tomto příspěvku byly zmíněny praktické situace, které v dnešní době nastávají. Je možné říci, že nejsou ještě masově rozšířené. Nicméně podle poznatků z praxe jsou i tak poměrně časté a způsobují dodavatelům řadu problémů. Pro menší subjekty může být výše uvedené jednání spotřebitelů z mého pohledu až likvidační. Do faktických nákladů, které vznikají dodavatelům, je nutné podle mého názoru započítat nejen samotnou finanční částku, která je placena za dodání věci kupujícímu, ale i lidské zdroje a časové ztráty spojené s tímto jednáním. Otázkou zůstává, jak danou situaci řešit a jaké následky takové jednání spotřebitele může mít. V praxi jsem se setkal i s přístupem, kdy někteří dodavatelé odmítají posílat zboží konkrétním subjektům (vůbec neuzavřou danou kupní smlouvu), kteří již v minulosti v mnoha případech využili svého práva na odstoupení od smlouvy ve 14 denní lhůtě.

V úplném závěru bych chtěl podotknout, že tento příspěvek neměl vyznít proti ochraně spotřebitele. Ustanovení občanského zákoníku ve prospěch spotřebitele mají zcela jistě své opodstatnění a vzhledem k vývoji společnosti jsou jednoznačně žádoucí. Dodavatelé poměrně často jednají nepoctivě a snaží se zneužít svého postavení v neprospěch spotřebitele. Právě k zamezení těmto jevům a k potlačení negativních stránek spojených s elektronickou kontraktací (např. spotřebitel si nemůže vybrané zboží řádně fyzicky prohlédnout) jsou v občanském zákoníku (popřípadě jiných právních předpisech) obsažena ustanovení chránící spotřebitele. K těmto ustanovením by se ale mělo vždy přistupovat s ohledem na účel, kterého je třeba danými ustanoveními dosáhnout. Účelem těchto ustanovení ale rozhodně nebylo, aby byla využívána tak, jak je to popsáno v tomto

příspěvku. V souvislosti s výše uvedeným je také nutné jednoznačně konstatovat, že ustanovení chránící spotřebitele by neměla být zneužívána a spotřebitelé by se měli i v případech elektronického uzavírání smluv chovat v souladu s obecnou zásadou souladu výkonu práv a povinností z občanskoprávních vztahů v souladu s dobrými mravy, popřípadě i v souladu s dalšími zásadami občanského práva.

Literature:

- Eliáš, K. a kol.: Občanský zákoník: velký akademický komentář - 1. svazek § 1-487, Praha: Linde, 2008, 1391 s., ISBN 9788072016877
- Fiala, J., Kindl, M. a kol.: Občanský zákoník: komentář I. díl. (§ 1 až 487), Praha : Wolters Kluwer ČR, 2009, 866 s., ISBN 9788073573959
- Hulva, T.: Ochrana spotřebitele, Praha: ASPI, 2004, 451s., ISBN 8073570645
- Hurdík, J., Lavický, P.: Systém zásad soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita, 2010, 197 s., ISBN 9788021050631
- Salač, J.: Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu, Praha: C. H. Beck, 2004, 320 s., ISBN 8071799149
- Selucká, M.: Ochrana spotřebitele v soukromém právu, Praha: C. H. Beck, 2008, 134 s., ISBN 9788074000379
- Stone, R.: The Modern Law of Contract, London: Routledge-Cavendish, 2009, 675 s., ISBN 9780415481366
- Švestka, J. a kol.: Občanský zákoník: komentář I. § 1 – 459, Praha: C. H. Beck, 2009, 1373 s., ISBN 9788074001086
- Tryzna, J.: Právní principy a právní argumentace: k vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva, Praha: Auditorium, 2010, 332 s., ISBN 9788087284018
- K některým právním otázkám e-kontraktace. iPrávník [online]. Změněno 1.12.2004 [cit. 2011-05-10]. Dostupné z: http://www.ipravnik.cz/cz/clanky/ap_30/pd_4/txtexpresion_zm%C4%9Bn/art_3799/detail.aspx
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30.10.2009, sp. zn. 33 Cdo 3210/2007

Contact – email

Miloslav.Hr@seznam.cz

GOOD MANNERS AND GOOD FAITH AS A PROBLEM OF CIVIL SERVICE ETHICS

GYULA KOI

Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences, (Administrative Law Division), Hungary

Összefoglalás

A jogtudományi kutatások többnyire figyelmen kívül hagyják a közzolgálati etika nagy rendszereit. A jóerkölcs és a jóhiszeműség nem szokványos fogalmak e területen. A 'Good Manners' kifejezésnek van jogi és etikai jelentése is, (jóerkölcs, illetőleg megfelelő/helyes viselkedés, magatartás) és ezek a jelentésmezők jelentéstanilag egymástól eltérnek. A tanulmány kihangsúlyozza, hogy a kétféle fogalomnak különféle szokásos formái vannak a különféle jogrendszerekben és a különböző etikai kódexekben. Jelen munka bemutatja a közzolgálati etika három különféle modelljét a szerző önálló kutatásai alapján. A *contributio* elemzi az 'Udvariasság és tisztelettudó segítségnyújtási hajlandóság' EU közzolgálati jogban ismeretes elvét, és a német hivatalnoki erkölcs, a '*Beamtenethos*' legizgalmasabb kérdéseit (pl. a viselkedés, azaz a '*Verhalten*' és a tartózkodó magatartás, azaz a '*Zurückhaltung*' alapelvét), az udvariasság követelményét az ausztrál Közzolgálati Etikai Kódexben, és a jóhiszeműség megjelenését a portugál Közigazgatás személyzetéről szóló törvényben, továbbá a német Közzolgálati jog egységesítéséről szóló kerettörvényben.

Kulcsszavak

Boa Fé, Közzolgálati etika, udvariasság, jóhiszeműség, jóerkölcs, közzolgálati etikai normák a különböző országokban, Verhalten, Zurückhaltung.

Abstract

The legal scientific researches seek the Major Systems of the Civil Service Ethics infrequently. The 'Good Manners' and 'Good Faith' are not typical concepts in this field. The expression 'Good Manners' has a legal, and an ethical meaning, and these meanings are different semantically. This paper emphasizes the different typical forms of that two concepts in the different laws, and the different Codes of Conduct. That work shows the three different models of the Civil Service Ethics (the Anglo-Saxon Model, the French Model, and the German Model) – by the own Theory of the Author. This contribution analyses the question of 'Courtesy, and Willingness to Help in a Respectful Manner' in EU Civil Service Ethics, and the most interesting questions of the German '*Beamtenethos*' (e.g. '*Verhalten*' and '*Zurückhaltung*'), the requirement of 'Courtesy' in *Australian Public Service Code of Conduct*, and the appearance of 'Good Faith' in Portuguese Administrative Personnels' Act, and in *Federal Civil Service Framework Act* (Ger. *Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts*).

Keywords

Boa Fé, Civil Service Ethics, Courtesy, Good Faith, Good Manners, Norms of the Civil Service Ethics in different countries, Verhalten, Zurückhaltung.

I. Conceptual Framework

Good Manners as Legal Concept

Good Manners (Cz. *dobré mrávy*, Fr. *bonnes moeurs*, Ger. *Gute Sitten*)¹, as legal concept, means the general norms and customs of the society. This is a typical border-concept between the Law and the Ethics. This concept appears in Civil Law, particularly in the countries of the Civilian (Roman law-based) Traditions². The Good Manners as legal concept, is a background of the Civil Service Ethics, this is not an *expressis verbis* knowledge between the Scholars of Civil Service Ethics, but it seems a natural, and self-evident fact. The Good Manners, as Legal Term, is an idle opportunity for the Civil Service Ethics.

Good Manners as Ethical Concept

Good Manners, as ethical concept, is a formulation of behavioural expectations. This concept means the opposite of the 'Bad Manners'. The seeking of the (ethical or unethical) behaviour of Civil Servants is a typical research field of the Civil Service Ethics. Courtesy is similar notion, like Good Manners in Ethical meaning.³

Good Faith as a General Principle of Law

This expression close to the 'theory of the good and diligent father' (lat. *bonus et diligens pater familias*), it is synonymous with sincerity. The Good Faith means in Latin *bona fides*, in Czech *dobré víře*, in Dutch *goede Trouw/redelijkheid en billijkheid*⁴, in French *bonne foi*, in German *Treu und Glauben/guter Glaube*⁵, in Italian *buona fede*, in Polish *dobra wiara*, in Portuguese *boa fé*, in Russian *добрые услуги*, and in Spanish *buena fe*. We found with this concept or notion in the field of Civil Service Ethics in a rare case in the Portuguese Administrative Personnels' Act (and the German law, too). The using of the expression is a real rarity in this topic.

¹ See in German Contract Law the notion of 'unmoralische Vertrag', as similar category. The correct English legal term is 'Immoral Contract' in Common Law. See, on Immoral Contracts, as a question of Law Comparaison: Menyhárd, Attila: *A jóerkölcsbe ütköző szerződések. [The Immoral Contracts.]* Budapest: Gondolat, 2004. 332. ISBN 963 9567 67 1.

² On Civilian Traditions in a comparative point of view, see: Hamza, Gábor: *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition.* Budapest: ELTE Eötvös Publishing, 2009. 826. ISBN 978 963 284 095 6

³ On connection between Professional Courtesy and Good Manners, as Ethical Concept, see the next paper: Nyman, Ronald E.: Professional Courtesy: When Good Manners Violate the Law. *MediStar Vol. I. (2007) No. 1. 1-2.*, available at: <http://www.scribd.com/doc/50873522/Professional-Courtesy-When-Good-Manners-Violate-the-Law>.

⁴ The new Dutch Civil Code use the second legal term from 1992. 'Redelijkheid en billijkheid' means by and large 'reasonableness and fairness'.

⁵ 'Treu und Glauben' is the objective form of Good Faith, and 'guter Glaube' is the subjective form of Good Faith in contemporary German law. This categories were formed by Professor Wächter. Földi, András: *A jóhiszeműség és tisztesség elve. Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig. [The Principle of Good Faith. Outline of the History of a Legal Principle from the age of Roman Law to Present Days.]* Budapest: ELTE Faculty of Law, 2001. 118. ISBN 963 463 525 3 On this problem see generally: page 3, 6. et sqq. and on Wächter's conception: page 35.

II. The Different Models or Major Systems of Civil Service Ethics⁶

The Major System (Fr. *grand système*) means from the publication of world famous monography⁷ of the well-known French Scholar, René David, the model-based systems means, in present case, the model-based systems of Civil Service Ethics. The three major model of the Civil Service Ethics are the Anglo-Saxon Model, the French Model, and the German Model.

Anglo-Saxon Model

The most typical system in Civil Service Ethics is the Anglo-Saxon. The base of this system is the Code of Conduct. The cradle of the Code of Conduct was Great Britain. The first code appeared in 1764, at the time of the colonization of India, the reason was the corruption issues of the English Civil Servants. The newest English code is in force from 2006. The top category of the Civil Service Ethics is the regulation of the United States of America. The US Ethical regime is stricter, than the British. The Anglo-Saxon Model had taken over in rest of the World (it means 25 countries) or the regulation is typically based on that model.

French Model

In French Model⁸, the cognitive resources of the system of Civil Service Ethics are the different law texts. The typical French laws, which contains information on Civil Service Ethics are the next: The Constitution; the Penal Code; Act on Rights and Obligations of the Civil Servants; Decree of Organic Law on Legal Status of the Judges, etc. The Code of Conduct is not a frequent form in French Civil Service, except for Policemen⁹ and trade-union leaders in Civil Service.¹⁰ The French model is unique, the other countries had not taken over.

German Model

The regulation is typically unwritten in German Model. The knowledge of the Ethical Rules is the part of the internal training of the German Civil Servants. This topic is an essential question of the German Administrative Culture and Organisational Culture. The name of this phenomenon is the Ethics of the Civil Servants (Ger. *Beamtenethos*). The legal Background of

⁶ This classification is the theory of the Author.

⁷ David, René - Jauffret-Spinosi, Camille: *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 2002. 11^e VII, 552. ISBN 2-247-02848-9

⁸ On French Model of Civil Service Ethics, see: Braibant, Guy: *La déontologie*. In: Braibant, Guy: *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1993³ 386-402. ISBN 2-7246-0617-5

⁹ *Code de déontologie de la police nationale*. Available at:

http://www.interieur.gouv.fr/rubriques/c/c3_police_nationale/c34_deontologie/code_deontologie.

¹⁰ *Charte de déontologie des cadres dirigeants des collectivités locales*. An other example: *Charte de la déontologie du directeur général des collectivités territoriales et de leurs établissements public* (Adoptée le 26 novembre 1997, lors du Congrès national de Perpignan). Available at: <http://www.congres-sndg.info/sndg/nous-connaître/15/>.

that theme is only three sections of the Federal Civil Service Framework Act (Ger. *Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts*)¹¹.

The law contains the next text from section 35 paragraph 1 to section 37:

“35. § (1) The officer should serve all the people, not a party. He has to perform his duties impartially and fairly and to take care in his administration to the public good. He has through his entire attitude to the free democratic basic order within the meaning of the Basic Law profess and advocate for their preservation.
 (2) The officer has to uphold political activity, that of moderation and restraint, which results from its position in relation to whole and from a regard to the duties of his office.
 36. § The officer has to devote themselves with full devotion to his profession. He has to manage his office disinterestedly in *Good Faith*. His conduct is within or outside the service must respect and trust of justice, which requires his profession.
 37. § The official shall advise his superiors and support. He is obliged to execute the orders issued by them and follow their general guidelines. This does not apply to officials, according to special legal provision not bound by instructions and are subject only to the law. ”

The key concepts of the law text is the following: Impartiality (Ger. *Unparteilichkeit*); Neutrality (Ger. *Neutralität*); Restraint or reserved behaviour (Ger. *Zurückhaltung*); Conduct (Ger. *Verhalten*); Hierarchy (Ger. *Hierarchie*). *Zurückhaltung* and *Verhalten* are the conventional form of the ethical concept of Good Manners. The German law text knows the expression of 'Good Faith', as the Portuguese, too. The German model is unique, the other countries had not taken over.

¹¹ „35. § (1) Der Beamte dient dem ganzen Volk, nicht einer Partei. Er hat seine Aufgaben unparteiisch und gerecht zu erfüllen und bei seiner Amtsführung auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen. Er muss sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.
 (2) Der Beamte hat bei politischer Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus seiner Stellung gegenüber der Gesamtheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten seines Amtes ergibt.
 36. § Der Beamte hat sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen. Er hat sein Amt uneigennützig nach bestem Gewissen zu verwalten. Sein Verhalten innerhalb und außerhalb des Dienstes muss der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die sein Beruf erfordert.
 37. § Der Beamte hat seine Vorgesetzten zu beraten und zu unterstützen. Er ist verpflichtet, die von ihnen erlassenen Anordnungen auszuführen und ihre allgemeinen Richtlinien zu befolgen. Dies gilt nicht für Beamte, die nach besonderer gesetzlicher Vorschrift an Weisungen nicht gebunden und nur dem Gesetz unterworfen sind.”

In German, see: Vigouroux, Christian: *Déontologie des fonctions publiques*. Paris:Dalloz, 2006. 683. ISBN 2 247 07045 0 The similar German text via Internet: <http://www.juraforum.de/gesetze/brrg/>. On problems of the German Civil Service Ethics in Historical Context, see: Fisch, Stephan: *Beamtenethik und Beamtenethos – Anmerkungen aus historischer Sicht*. In: Albert Hofmeister (Hg.): *Brauchen wir eine neue Ethik in der Verwaltung?* Schriftenreihe der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften Bd. 40. Bern: Schweizerische Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften, 2000. 161-177. pp. ISBN 3-908128-40-4.

III. Some Examples in Different Laws and in Different Codes of Conduct

'Courtesy, and Willingness to Help in a Respectful Manner' in EU Civil Service Ethics and 'Courtesy' in Australian Public Service Code of Conduct

For the EU Civil Servants, the *'Courtesy, and Willingness to Help in a Respectful Manner'* means the follows. The actions of Civil Servants should be focused on the interest of the organisation, and the public, who are dependent on that organization. Civil Servants should treat citizens – and each other – with respect, and they should give due heed to the standpoints, perceptions and contributions of others. This core value also extends to factors such as customer-orientations, helpfulness, decency, collaboration, refraining from discrimination.¹²

The *Australian Public Service Code of Conduct* (1999, 2005) emphasizes in paragraph 3:

„(3) An Australian Public Service (abbr. *APS*) employee, when acting in the course of APS employment, must treat everyone with respect and courtesy, and without harrasment.”¹³

The importance of courtesy is a splendid example of the Good Manners as Ethical Concept.

'Good Faith' in Portugese Administrative Personnels' Act

This concept or notion appears in the field of Civil Service Ethics in a very rare case in the Portugese Administrative Personnels' Act.¹⁴ The *boa fé* (Good Faith) found in the text of Act on Legal Status the Management Personnel of the Public Administration, Art. 4 (Civil Service Ethics): "General principles of ethics. The owners of the leadership positions are exclusively serving public interest and should observe in carrying out its functions, core values and key administrative activities enshrined in the Constitution and law, particularly those of Legality, Justice and Impartiality, Competence, Responsibility, Proportionality, Transparency and Good Faith to ensure the respect and confidence of employees and of society in public administration. "

This is a very nice, and interesting example of the meeting of the Good Faith, and the Civil Service Ethics theoratically.

¹² The source of the text: *Main Features of an Ethics Framework for the Public sector. As proposed by by the Dutch Presidency and adopted by the Directors General responsible for Public Administration int he members states and the institutions of the European Union in their 43rd Meeting Maastricht (NL) 22 November 2004.* See, Bossaert, Danielle – Demmke, Christoph: *Main Challanges in the Field of Ethics in the EU Member States.* Maastricht:EIPA, 2005. 253-267. ISBN 90-6779-196-2, on the details: page 258.

¹³ On English text, see: Vigouroux, 2006. 684.

¹⁴ Act 2/2004 on Legal Status the Management Personnel of the Public Administration, Art. 4 (Civil Service Ethics): „Princípios gerais de ética. Os titulares dos cargos dirigentes estao exclusivamente ao servico do interesse público, devendo observar, no desempenho das suas funcoes, os valores fundamentais e principios da actividade administrativa consagrados na Constituicao e na lei, designadamente os da legalidade, justica, e imparcialidade, competencia, responsabilidade, proporcionalidade, transparencia e boa fé, por forma a assegurar o respeito e confianca dos funcionários e da sociedade na Administracao Pública.” On Portugese text, see: Vigouroux, 2006. 683.

Literature

Bossaert, Danielle – Demmke, Christoph: *Main Challenges in the Field of Ethics in the EU Member States*. Maastricht:EIPA, 2005. 270. ISBN 90-6779-196-2

Braibant, Guy: *La déontologie*. In: Braibant, Guy: *Le droit administratif français*. Paris:Dalloz, 1993³ 386-402. ISBN 2-7246-0617-5

David, René - Jauffret-Spinozi, Camille: *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris:Dalloz, 2002. 11^e VII, 552. ISBN 2-247-02848-9

Fisch, Stephan: *Beamtenethik und Beamtenethos – Anmerkungen aus historischer Sicht*. In: Albert Hofmeister (Hg.): *Brauchen wir eine neue Ethik in der Verwaltung?* Schriftenreihe der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften Bd. 40. Bern: Schweizerische Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften, 2000. 161-177. pp. ISBN 3-908128-40-4.

Földi, András: *A jóhiszeműség és tisztesség elve. Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig. [The Principle of Good Faith. Outline of the History of a Legal Principle from the age of Roman Law to Present Days.]* Budapest:ELTE Faculty of Law, 2001. 118. ISBN 963 463 525 3

Hamza, Gábor: *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition*. Budapest: ELTE Eötvös Publishing, 2009. 826. ISBN 978 963 284 095 6

Menyhárd, Attila: *A jóerkölcsbe ütköző szerződések. [The Immoral Contracts.]* Budapest:Gondolat, 2004. 332. ISBN 963 9567 67 1.

Nyman, Ronald E.: Professional Courtesy: When Good Manners Violate the Law. *Medistar Vol. I. (2007) No. 1. 1-2.*

Vigouroux, Christian: *Déontologie des fonctions publiques*. Paris:Dalloz, 2006. 683. ISBN 2 247 07045 0

Contact-email

koigyula@gmail.com

DOBŘÁ VÍRA A ZÁPISY V KATASTRU NEMOVITOSTÍ

RADIM KOSTÍK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně, Česká republika

Abstract in original language

Článek se zabývá ochranou dobré víry účastníků soukromoprávních vztahů se zaměřením na oprávněnou držbu nemovitostí. Popisuje závěry soudní judikatury definující situace, v nichž se držitel nemovitosti nachází v dobré víře. Vychází z právní úpravy katastru nemovitostí, podle níž ten, kdo získal držbu nemovitostí v dobré víře, založenou na stavu zápisů v katastru, je povinen ustoupit jejímu skutečnému vlastníku. Snaží se vystihnout vztah ochrany dobré víry zapsaných vlastníků a osob oprávněných podle restitučních předpisů.

Key words in original language

Právní jistota, dobrá víra, katastr nemovitostí, oprávněná držba, vlastnické právo, restituce.

Abstract

The article deals with the protection of the good faith of individuals in civil law cases. It focuses on the lawful possession of real estate and describes the findings of the judicial decisions defining situations in which the possessor is in good faith. It is based on the land register regulation, according to which the person who acquires the possession of real estate in good faith in the records of land register, is required to withdraw from the real owner. It tries to describe the relation of the protection of the good faith of registered owners and the persons entitled by the restitution law.

Key words

Good faith, land register, lawful possession, ownership right, restitution.

VYMEZENÍ POJMU „DOBŘÁ VÍRA“

Dobrá víra je projevem zásady právní jistoty, která patří mezi jednu ze zásad soukromého práva a je důležitá pro stabilitu celé společnosti. Přestože zásada právní jistoty není v předpisech soukromého práva výslovně normativně zakotvena, lze ji vypožorovat v konkrétních podobách v různých systémových částech soukromého práva a vyplývá z jednotlivých institutů. Mezi projevy této zásady patří vedle ochrany dobré víry, ochrana práv třetích osob, zákaz retroaktivity zákona a ochrana nabytých práv.¹

V občanském zákoníku se setkáme s principem ochrany dobré víry účastníka soukromoprávních vztahů v souvislosti s výkladem právních úkonů, uzavírání spotřebitelských smluv a především ve spojení s oprávněnou držbou věci. Dobrá víra tak spočívá v přesvědčení držitele, že je vlastníkem věci, kterou drží, anebo subjektem práva, které vykonává, popřípadě že jsou dány právní skutečnosti, které mají za následek vznik vykonávaného práva. Dobrou víru jako neurčitý právní pojem, vedle dobrých mravů, naléhavého právního zájmu či zásadního právního významu, vymezuje především právní teorie a soudní judikatura a to v souvislosti s řešením typových situací nastalých v právní praxi.

V nejširším smyslu ochrana dobré víry (*bona fides*) vychází z obecné presumpce poctivosti přístupu účastníků k soukromoprávním vztahům. Právní předpisy soukromého práva působnost institutu dobré víry zaměřují – jak bylo uvedeno výše - na několik situací, na které se zákon výslovně odvolává, kdy prostřednictvím dobré víry je obvykle poskytována ochrana či výhodnější právní postavení těm osobám, které při svém právně významném jednání nevěděly o určitých právně významných souvislostech (zpravidla o právních nedostacích) svého jednání, příp. o něm nebyly povinny vědět. Dobrá víra je v tomto smyslu nezaviněná nevědomost o právních nedostacích určitého právního stavu.²

OCHRANA DOBRÉ VÍRY

S principem ochrany dobré víry se setkáváme zejména v souvislosti s nabytím vlastnického práva vydržením, kdy oprávněný držitel se stává

¹ Srov. Hurdík, J., Fiala, J., Hrušáková, M.: Úvod do soukromého práva. 2. upravené a rozšířené vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2002, s. 93.

² Viz tamtéž s. 94.

vlastníkem věci, má-li ji nepřetržitě v držbě po dobu tří let, jde-li o movitost, a po dobu deseti let, jde-li o nemovitost.³

Je-li držitel se zřetelem ke všem okolnostem v dobré víře o tom, že mu věc nebo právo patří, je držitelem oprávněným. V pochybnostech se má za to, že držba je oprávněná.⁴ Právní teorie a soudní judikatura se shodují v tom, že posouzení, je-li držitel věci v dobré víře či nikoli, je třeba vždy hodnotit objektivně, a nikoliv jen ze subjektivního hlediska samotného účastníka (držitele), a že je třeba vždy brát v úvahu, zda držitel při běžné opatrnosti, kterou lze s ohledem na okolnosti a povahu daného případu po každém požadovat, neměl, resp. nemohl mít po celou vydržecí dobu důvodné pochybnosti o tom, že mu věc nebo právo patří. Dobrá víra tak zaniká v okamžiku, kdy se držitel seznámil se skutečnostmi, které objektivně musely vyvolat pochybnost o tom, že mu věc patří anebo že je subjektem práva, jehož obsah vykonává.⁵

Dobrá víra držitele se musí vztahovat ke všem právním skutečnostem, které mají za následek nabytí věci nebo práva, které je předmětem držby, tedy i existence písemné smlouvy o převodu nemovitosti. Pokud se někdo uchopí držby nemovitosti na základě ústní dohody o jejím převodu, nemůže být vzhledem ke všem okolnostem v dobré víře, že je vlastníkem věci, a to ani v případě, že je přesvědčen, že taková smlouva k nabytí vlastnictví postačuje. Držba nemovitosti, která se o takovou smlouvu opírá, nemůže vést k vydržení.⁶

Uvedený závěr tak vychází zejména z ustanovení § 46 a § 133 odst. 2 občanského zákoníku (dále obč. zák.), že smlouvy o převodu nemovitostí musí mít písemnou formu; převádí-li se nemovitost na základě smlouvy, nabývá se vlastnictví vkladem do katastru nemovitostí. Písemná forma je tak vyžadována s ohledem na ustanovení § 4 odst. 4 písm. a) zákona č. 265/1992 Sb., o zápisech vlastnických a jiných věcných práv k nemovitostem, kdy přílohou návrhu na vklad práva do katastru nemovitostí musí být listina, na základě které má být zapsáno právo do katastru. V případě převodu nemovitostí neevidovaných v katastru nemovitostí, což jsou drobné stavby, nabývá se vlastnictví okamžikem účinnosti smlouvy o převodu.⁷

V praxi tak často dochází k situaci, že ačkoliv dojde k uzavření písemné smlouvy o převodu pozemku (kupní, darovací) nový nabyvatel se spoléhá

³ Srov. § 134 odst. 1 občanského zákoníku.

⁴ § 130 odst. 1 občanského zákoníku.

⁵ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. 5. 2002, sp. zn. 22 Cdo 1843/2000.

⁶ Viz usnesení Nejvyššího soudu ze dne 2. 2. 2001, sp. zn. 22 Cdo 61/2001.

⁷ Srov. § 133 odst. 3 obč. zák.

na ujištění převodce ohledně hranic nabytého pozemku, jež u pozemků zemědělských či lesních nejsou často zřejmé. Následné zjištění, ke kterému může dojít třeba i za několik let, že hranice pozemku vedou jinudy, než se domníval, jsou v řadě případů pro nového držitele překvapivá. Nicméně s ohledem na shora uvedené, kdy držitel musí být v dobré víře s ohledem na objektivní okolnosti, nebude v dobré víře a předmětnou část pozemku bude držet neoprávněně, neboť nic nebránilo nabyvateli, aby nahlédl do katastrální mapy a ujistil se o průběhu hranic pozemku. V nastíněném případě však soudní judikatura dovodila, že pokud se nabyvatel nemovitosti chopí držby části parcely, kterou nekoupil, může být se zřetelem ke všem okolnostem v dobré víře, že je vlastníkem i této části. Jedním z hledisek omluvitelnosti omylu držitele je v takovém případě i poměr plochy koupeného a skutečně drženého pozemku. Nelze však stanovit jednoznačné hledisko pro posouzení, jaký poměr plochy koupeného a drženého pozemku vylučuje dobrou víru nabyvatele o tom, že drží jen koupený pozemek; každý případ je třeba posoudit individuálně.⁸

Oprávněná držba se v uvedeném případě bude posuzovat nejen s ohledem na poměr výměry drženého a koupeného pozemku, též na umístění pozemku v terénu včetně nepravidelnosti hranic, příp. uvedení držitele v omyl soudním znalcem. Pokud se však kupující chopí i držby pozemku, jehož výměra byla vyšší než plocha pozemku, který koupil, mohl být sice subjektivně v dobré víře, že je vlastníkem i tohoto pozemku, tato dobrá víra však nebude „se zřetelem ke všem okolnostem“. Ovšem i z tohoto pravidla připouští judikatura, která klade důraz na individuální hodnocení takových situací, výjimku.⁹

Zásadním hlediskem při hodnocení, zda držitel je či není v dobré víře, u nemovitostí evidovaných v katastru nemovitostí zůstává stav zápisu v katastrálním operátu, a to jak na listu vlastnictví, tak zobrazení nemovitosti v katastrální mapě. Ten, kdo vychází ze zápisu v katastru učiněného po 1. 1. 1993, je v dobré víře, že stav katastru odpovídá skutečnému stavu věci, ledaže musel vědět, že stav zápisů v katastru neodpovídá skutečnosti.¹⁰ Zákon o zápisech vychází v § 11 z domněnky, že údaje v katastru jsou v souladu se skutečným stavem, a z toho vyplývá, že skutečnost má vždy převahu nad zápisem v katastru, pokud takový je s touto skutečností (reálným stavem) v rozporu. Z toho vyplývá určité riziko pro zájemce o koupi nemovitosti, ovšem ten, kdo se dovolává oné reality vůči zapsanému stavu, musí tuto skutečnost prokázat. Z čehož vyplývá, že osoba

⁸ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 3. 2000, sp. zn. 22 Cdo 1848/98.

⁹ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. 3. 2005, sp. zn. 22 Cdo 1594/2004, rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 2. 9. 2002, sp. zn. 22 Cdo 2941/2000 a rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3. 6. 2004, sp. zn. 22 Cdo 496/2004.

¹⁰ § 11 zákona č. 265/1992 Sb., o zápisech vlastnických a jiných věcných práv k nemovitostem.

jednající v dobré víře ve stav zápisu v katastru nemovitostí nemůže nemovitost nabýt od nevlastníka. Taková osoba se ocitá v postavení oprávněného držitele, jenž by mohl nemovitost - budou-li splněny hmotněprávní podmínky - nabýt vydržením. Z uvedeného vyplývá, že bez smlouvy (titulu), tj. smlouvy platné, nelze nabýt převodem vlastnictví k nemovitosti a pokud byl proveden vklad vlastnictví do katastru bez smlouvy, nemůže vlastnictví vzniknout.¹¹

V platném právu tak neplatí princip tzv. materiální publicity zápisů v katastru, tj. aby v některých případech skutečný vlastník musel ustoupit tomu, kdo nabyl nemovitost od osoby, která byla v pozemkové knize jako vlastník zapsána, ač jím ve skutečnosti nebyla (tzv. knihovní vlastník), jak tomu bylo až do nabytí účinnosti občanského zákoníku z roku 1950.¹²

K otázce, zda je podle platného občanského zákoníku možná oprávněná držba contra tabulas, tedy držba nemovitosti, která je podle katastru nemovitostí ve vlastnictví jiné osoby než držitele, se vyjádřil Nejvyšší soud v tom smyslu, že taková oprávněná držba vedoucí k vydržení je možná. Nelze tak vycházet jen ze skutečnosti, že stav, vzniklý v důsledku uchopení držby, nebyl v souladu s údaji uvedenými v pozemkové knize, popř. v jiné veřejné knize, o kterých se držitel nepřesvědčil. Je třeba brát v úvahu všechny okolnosti, za kterých byla držba uchopena.¹³

K přezkumu nabývacích titulů dochází v omezené míře ve vkladovém řízení podle ustanovení § 5 zákona č. 265/1992 Sb. a to zejména z hledisek, zda navrhovaný vklad je odůvodněn obsahem předložených listin (nabývacích titulů), zda právní úkon na základě něhož má dojít k převodu vlastnického práva či zřízení a zániku práva je dostatečně určitý a srozumitelný, zda právní úkon je učiněn v předepsané formě či zda byl k právnímu úkonu účastníka řízení udělen souhlas podle zvláštních předpisů. Katastrální úřad však nemůže zkoumat platnost právního titulu. Z rozsahu přezkumné činnosti je zřejmé, že některé vady mohou být katastrálním úřadem zjištěny, např. neurčitost právního úkonu, předmětu převodu či zřízení práva, nikoli však, např. zda došlo k nabídce k odkoupení spoluvlastnického podílu spoluvlastníkům při jeho prodeji nebo zda došlo ke splnění povinnosti vlastníka vůči státu při prodeji nemovité kulturní památky.¹⁴

¹¹ Srov. rozhodnutí Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 23. 1. 2001, sp. zn. 15 Ca 549/2000.

¹² Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 5. 9. 2000, sp. zn. 22 Cdo 389/99.

¹³ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17. 11. 1999, sp. zn. 22 Cdo 837/98.

¹⁴ Podle § 13 odst. 1, 3 zákona č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, je vlastník v případě úplatného převodu kulturní památky povinen nabídnout tuto památku státu, přičemž stát je povinen u nemovité kulturní památky ve lhůtě šesti měsíců tuto nabídku přijmout, jinak toto předkupní právo zaniká.

Zůstává otázkou, zda v katastru zapsaný vlastník, který nabytí vlastnictví na základě neplatného právního úkonu, může být v dobré víře, že se stal vlastníkem. Judikatura Nejvyššího soudu uvádí, že právní úkon postižený důvodem relativní neplatnosti se považuje za platný pokud se ten, kdo je takovým úkonem dotčen, neplatnosti právního úkonu nedovolá. Pokud se tedy ten, kdo je důvodem relativní neplatnosti právního úkonu dotčen, této neplatnosti nedovolá, na právní úkon se pohlíží jako na platný a nabyvatel se stává vlastníkem převáděné věci. Pokud dotčená osoba námitku relativní neplatnosti právního úkonu uplatní, účinky právního úkonu se ruší a vlastnictví zaniká ex tunc. To ovšem nic nemění na skutečnosti, že nabyvatel se stal vlastníkem věci, a pokud ji držel, držel ji jako vlastník a jeho držba nebyla neoprávněná.¹⁵ K uvedenému závěru dospěl Nejvyšší soud i přesto, že nabyvatelé věci o nedostatku právního úkonu vedoucím k relativní neplatnosti věděli. V souvislosti s možností uplatnění dobré víry držitele, který nabytí vlastnictví k nemovitostem na základě relativně neplatného právního úkonu, lze uvést převod nemovitostí zapsaných ve výlučném vlastnictví fyzické osoby, přestože tato osoba je nabyta za trvání manželství, a tato osoba tyto nemovitosti ze svého zapsaného výlučného vlastnictví dále prodá. Za této situace je třeba zdůraznit, že kupující se o chybně zapsaném údaji nemusí dozvědět a katastrální úřad při povolení vkladu ze zápisů v katastru, pokud byl proveden po 1. 1. 1993, také vychází.

Při absolutní neplatnosti smlouvy o převodu vlastnictví k nemovitostem se z novější judikatury podává, že nelze uplatnit princip nabytí vlastnického práva v dobré víře.¹⁶ Judikatura dovozuje absenci dobré víry u nabyvatelů nemovitostí při absolutní neplatnosti právního úkonu v případě nedostatku vážné vůle převést nemovitosti a v případě, že převáděné nemovitosti nejsou dostatečně určité vymezeny.¹⁷ V praxi se však setkáme s případem, v němž dochází k převodu obecního majetku a musí být splněna podmínka § 39 odst. 1 zákona o obcích č. 128/2000 Sb., tedy záměr obce prodat nemovitý majetek musí být zveřejněn po dobu nejméně 15 dnů před rozhodnutím v příslušném orgánu obce vyvěšením na úřední desce obecního úřadu. Pokud záměr obec nezveřejní, je právní úkon od počátku neplatný. Splnění této podmínky potvrzuje starosta obce prohlášením, které je přílohou návrhu na vklad, či je obsaženo v samotné smlouvě. Pokud však po povolení vkladu vyjde najevo, že uvedená podmínka nebyla splněna, bude podle mého názoru možné dobrou víru nabyvatelů dovodit, neboť nelze po nabyvatelích požadovat, aby pravdivost onoho prohlášení bylo jimi přezkoumáváno, když to nečiní ani katastrální úřad při vkladovém řízení.

Z procesního hlediska při vedení soudního sporu, v němž se bude dokazovat oprávněnost držby, je třeba zdůraznit, že dobrá víra je vnitřní psychický stav

¹⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17. 2. 2000, sp. zn. 22 Cdo 1806/98.

¹⁶ Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 16. 9. 2010, sp. zn. 30 Cdo 250/2009.

¹⁷ Srov. usnesení Ústavního soudu ze dne 3. 6. 2004, sp. zn. III. ÚS 50/04.

držitele, který nemůže být předmětem dokazování. Předmětem dokazování mohou být pouze okolnosti vnějšího světa, jejichž prostřednictvím se vnitřní přesvědčení projevuje navenek, tedy okolnosti, z nichž lze dovodit přesvědčení nabyvatele o dobré víře, že mu věc patří. Oprávněným držitelem ve smyslu ustanovení § 130 odst. 1 obč. zák. je držitel, který věc drží v omluvitelném omylu, že mu věc patří. Omluvitelný je omyl, ke kterému došlo přesto, že držitel postupoval s obvyklou mírou opatrnosti, kterou lze se zřetelem konkrétního případu po každém požadovat.¹⁸

K nabytí vlastnického práva vedle smlouvy může dojít mimo jiné také na základě zákona ve spojení s rozhodnutím státního orgánu, typicky v dědickém řízení. V případě zjevně nesprávného rozhodnutí státního orgánu (soudu), jímž bylo účastníku řízení přikázáno něco, co nebylo ani nemohlo být předmětem dědického řízení, neboť předmětná nemovitost náležela někomu jinému, v řízení nezúčastněnému, přičemž to účastníkům bylo jako nesporná skutečnost známo, nemůže mít za následek vznik dobré víry účastníka řízení. Obecně totiž platí, že oprávněný držitel by neměl mít žádnou pochybnost o tom, zda mu věc, kterou drží patří nebo ne. Již opodstatněná nejistota účastníka dědického řízení o tom, že mu rozhodnutím bylo přisouzeno něco, co nežádal a o čem věděl, že mu nepatří, takovou pochybností určitě je.¹⁹

III. DOBRÁ VÍRA A RESTITUČNÍ NÁROKY

V soudní judikatuře existuje nepřeberné množství případů, kdy účastník sporu, v němž jde o ochranu práva držby, příp. práva vlastnického, je chráněn dobrou vírou. V této části příspěvku bych se chtěl věnovat případům z aktuální soudní praxe, kdy právě existence dobré víry vedla k ochraně vlastnického práva, příp. by měla vést, avšak soudy tuto skutečnost nezohlednily.

Zápisy do pozemkových knih, do kterých se zapisovala vlastnická a jiná věcná práva k nemovitostem měly konstitutivní povahu. Tento fungující systém byl změněn počátkem roku 1951, kdy nabytí účinnosti občanský zákoník č. 141/1950 Sb., podle kterého se vlastnictví k věcem jednotlivě určeným převádělo již samotnou smlouvou, nebylo-li umluveno jinak anebo nevyplývalo-li nic jiného ze zvláštního předpisu (§ 111 odst. 1). Zvláštním předpisem byl v případě převodu pozemků zákon č. 65/1951 Sb., o převodech nemovitostí a o pronájmech zemědělské a lesní půdy. Dnem 1. 4.

¹⁸ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 7. 2002, sp. zn. 22 Cdo 2190/2000.

¹⁹ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 4. 12. 2003, sp. zn. 22 Cdo 2077/2002.

1964 nabyl účinnosti občanský zákoník č. 40/1964 Sb., který uvedený zákon č. 65/1951 zrušil a podle tehdy platného § 134 odst. 2 obč. zák. bylo ke smlouvě o převodu nemovitosti zapotřebí její registrace státním notářstvím. Vlastnictví tak přecházelo registrací příslušné smlouvy, pokud nešlo o převod do tzv. socialistického vlastnictví.²⁰ Skutečnost, že smlouva byla registrována státním notářstvím, nebránila vyslovení její neplatnosti soudem. K převodu vlastnictví k různým nemovitostem byla vyžadována celá řada souhlasů státních orgánů a tyto převody byly vůbec právem záměrně komplikovány, přičemž tehdejší judikatura mnohdy tyto zákonné restrikce ještě prohlubovala.²¹

Samostatnou otázkou ochrany právní jistoty ve vlastnických vztazích je obnova vlastnického práva osob podle restitučních předpisů. Smyslem restitučních předpisů je zmírnění následků některých majetkových křivd vzniklých občanskoprávními, pracovněprávními a správními akty učiněnými v tzv. rozhodném období. Aplikací těchto právních předpisů by nemělo docházet ke vzniku dalších křivd.²²

Podle restitučního předpisu č. 87/1991 Sb., o mimosoudních rehabilitacích, jsou povinnými osobami též osoby, jež nabyly věc od státu, který získal oprávnění s ní nakládat za okolností uvedených v ustanovení § 6, a to v případech, kdy tyto osoby nabyly věc buď v rozporu s tehdy platnými předpisy, nebo na základě protiprávního zvýhodnění nabyvatele, dále i osoby blízké těmto osob, pokud na ně věc byla těmito osobami převedena.

K převodům nemovitostí správními orgány ze státu na občany existovala právní úprava především ve vyhláškách o správě národního majetku (např. č. 90/1984 Sb.). V této souvislosti v řadě rozhodnutí Nejvyšší soud dospěl k závěru, že nedostatek souhlasu nadřízeného národního výboru, by-li tento souhlas nezbytný, lze považovat za takovou vadu převodu věci ze státu na fyzické osoby, která zakládá rozpor s tehdy platnými předpisy podle § 4 odst. 2 zákona č. 87/1991 Sb.²³

Nejvyšší soud uvedl, že samotný text ustanovení § 4 odst. 2, o mimosoudních rehabilitacích, je pro nabyvatele od státu jednostranně nevýhodný. Poměřováno širším měřítkem ústavně chráněných hodnot, dochází tu ke kolizi spravedlnosti na straně jedné, svědčící pro obnovení vlastnického práva oprávněných osobám, a právní jistoty na straně druhé, tj.

²⁰ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 2. 9. 2001, sp. zn. 22 Cdo 122/2001.

²¹ Viz Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M. a Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník I. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck. 2009, s. 769.

²² Srov. např. nález Ústavního soudu ze dne 12. 4. 2006, sp. zn. I. ÚS 66/03.

²³ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 29. 3. 2004, sp. zn. 28 Cdo 2228/2003, ze dne 16. 7. 2008, sp. zn. 28 Cdo 186/2008 a ze dne 11. 3. 2009, sp. zn. 28 Cdo 1430/2008.

povinných osob za situace, že nebylo prokázáno jejich protiprávní zvýhodnění. Navíc za situace, kdy převodní smlouva byla registrována tehdejšími státními notářstvími, mohly oprávněné osoby předpokládat, že smlouva nevykazuje právní vady (srov. ustanovení § 63 odst. 1 a § 64 odst. 1 tehdy účinného notářského řádu č. 95/1963 Sb.).²⁴

Z uvedeného případu vyplývá, že je třeba citlivě přistupovat ke každému případu obnovy vlastnického práva podle restitučních předpisů, neboť zde může dojít ke kolizi se zásadou právní jistoty ve vlastnických vztazích osob, které nabyly od státu nemovitosti v dobré víře, a to s ohledem na objektivní okolnosti (registrace smlouvy státními notářstvími). Jednoznačné pochybení při absenci vyhláškou vyžadovaného souhlasu zde leží na straně státních orgánů, přesto postižení ve své majetkové sféře budou tehdejší nabyvatelé (nyní povinné osoby).

Ze starší judikatury vyplývá, že absence souhlasu či schválení smlouvy o převodu nemovitosti ze státu podle ustanovení § 19 odst. 2 vyhlášky č. 90/1984 Sb. není zákonným předpokladem účinnosti smlouvy. Pokud toto schválení není doložené v případech, kde je potřebné, případně je toto vyjádření negativní, jde o nedostatek hmotněprávní podmínky platnosti smlouvy. Smlouva se v takovém případě neruší, ale státní notářství návrh na registraci zamítne v souladu s ustanovením § 64 odst. 2 notářského řádu z důvodu neplatnosti smlouvy (§ 39 občanského zákoníku).²⁵ Jinými slovy řečeno, v případě absence nadřízeného správního orgánu lze konstatovat, že předmětný souhlas byl dán, neboť v opačném případě by nebyla smlouva registrována. Konečný závěr, zda je či není dán souhlas nadřízeného správního orgánu k převodu nemovitostí je v prvotní podobě otázkou skutkovou, nikoli právní.²⁶ Proto každý případ je třeba posoudit individuálně a s ohledem na výsledek dokazování zaujmout závěr, zda předmětný souhlas byl či nebyl udělen.

V souvislosti s restitucemi lze též zmínit závěr Ústavního soudu týkající se konkurence žaloby na určení vlastnického práva a možnosti domáhat se svého vlastnictví prostřednictvím restitučních předpisů. I v tomto případě zdůraznil Ústavní soud princip právní jistoty jako jeden ze základních pilířů právního státu. Pod tímto zorným úhlem musejí být posuzovány spory o vlastnictví zejména tam, kde důvody k jeho zpochybnění se nenacházejí v současnosti, ale v událostech, které se staly před desítkami let. Ústavní soud zdůraznil ochranu dobré víry současných vlastníků, kteří nabyli právo od státu v souladu se zákonem, přičemž nelze v zájmu právní jistoty připustit výklad absolutní neplatnosti právních úkonů, které vrací právní vztahy do dávné minulosti. Nelze připustit takový výklad obecných

²⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 5. 2010, sp. zn. 28 Cdo 834/2009.

²⁵ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu SSR ze dne 22. 12. 1987, č. Cpj 55/87.

²⁶ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 11. 3. 2009, sp. zn. 28 Cdo 1430/2008.

předpisů, který by vedl k rozšíření majetkových restitucí nad rámec nároků vyplývajících z restitučních předpisů.²⁷

Ústavní soud se otázkou určovacích žalob ve vztahu k určení vlastnictví k majetku, na který se vztahují restituční předpisy, zabýval především v plenárním stanovisku, sp. zn. Pl. ÚS-st. 21/05. V tomto stanovisku zaujal zásadní výklad k uvedené otázce. Vyslovil, že tvrzením vlastnického práva, zejména toho, jež vyžaduje záznam do katastru nemovitostí, v případě absence legitimního očekávání na straně navrhovatele není naplněna preventivní funkce žaloby dle § 80 písm. c) o. s. ř., a tedy není dána ani naléhavost právního zájmu na jejím podání. Dále pak řekl, že žalobou o určení vlastnického práva nelze obcházet smysl a účel restitučního zákonodárství. Nelze se účinně domáhat podle obecných předpisů ani ochrany vlastnického práva, k jehož zániku došlo před 25. 2. 1948, a zvláštní restituční předpis nestanovil způsob zmírnění nebo nápravy této majetkové újmy.

Hlavním důvodem pro přijetí zmíněného plenárního stanoviska bylo zakotvení právní jistoty za situace, kdy se řada subjektů, které z nejrůznějších příčin neuspěly v restitučním řízení, pokoušela postupovat podle obecných předpisů občanskoprávních, s využitím často bizarních právních konstrukcí, majících prokazovat, že jejich vlastnické právo nezaniklo a trvá.

V dalším případě šlo o situaci, v níž v letech 1957-1959 došlo k zastavení pozemků bytovými domy, čímž došlo k jejich faktickému převzetí státem, a to bez ohledu na stav zápisů v evidenci nemovitostí. Za této situace měli v katastru zapsaní vlastníci požádat o pozemky v restitučním řízení, což vyplývá ze závěru Nejvyššího soudu ze dne 11. 9. 2003, sp. zn. 31 Cdo 1222/2001, jestliže tak neučinili, nemohou se podle zmíněné judikatury domáhat ochrany vlastnického práva prostřednictvím občanskoprávních žalob. Přestože vlastnictví k pozemkům údajně mělo přejít na stát, neměli původní vlastníci žádný důvod se domáhat vydání nemovitostí v restitučním řízení, neboť k takovému postupu neměli žádný objektivní důvod. Byli totiž zapsaní v katastru nemovitostí jako vlastníci.

Ústavní soud v této souvislosti konstatoval, že je nepřipustné, aby vlastnické právo stěžovatelů (katastrálních vlastníků) konajících v důvěru ve veřejnoprávní evidenci, za jejíž správnost odpovídá stát, a legitimně se domnívajících, že jsou vlastníky předmětných pozemků, bylo mnoho let po uplynutí lhůty k podání restitučního návrhu zpochybněno soudy, tj. jinými státními orgány v jiném řízení s odkazem na údajnou možnost v minulosti dosáhnout restituce. Ústavní soud vyslovil, že z ústavněprávního hlediska nelze akceptovat, aby jeden státní orgán při výkonu veřejné moci

²⁷ Srov. rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 8. 6. 2005, sp. zn. II. ÚS 504/2004.

autoritativně přezkoumal a osvědčil, resp. konstituoval, ve prospěch konkrétní osoby určité právo, na jehož existenci tato osoba spoléhá v důsledku dobré víry ve správnost aktu státu (v daném případě katastrálního zápisu), a aby následně jiný státní orgán (soud), ve zcela jiném řízení o určení vlastnictví, téže osobě totéž právo odňal.

Ústavní soud též vyslovil, že jeho stanovisko sp. zn. Pl. ÚS – st. 21/05 nelze aplikovat mechanicky bez přihlédnutí ke specifickým okolnostem každé věci. Přihlédl přitom ke skutečnosti, že důvodem neuplatnění nároku stěžovatele v restitučním řízení bylo to, že byl v katastru nemovitostí evidován jako vlastník, stát se k němu jako k vlastníku choval a nijak nezpochybňoval jeho vlastnické právo. Jestliže teprve později, po uplynutí lhůty k podání restitučního návrhu, došlo ke změně v katastru nemovitostí, nebylo podle Ústavního soudu z ústavněprávního hlediska možné jeho určovací žalobu zamítnout pro údajné obcházení účelu restitučního zákonodárství. Stěžovatel totiž oprávněně mohl cítit, že byl orgány veřejné moci vmanipulován do situace, která nemá řešení; pokud by nárokoval nemovitosti podle zákona o půdě, byl by jeho nárok zamítnut s odkazem na to, že je v katastru nemovitostí zapsaným vlastníkem předmětné nemovitosti; poté co byl zápis v katastru nemovitostí změněn, byla by jeho žádost zamítnuta s odůvodněním, že měl postupovat podle restitučních zákonů.²⁸

Ústavní soud v této souvislosti zdůraznil, že pokud by panovaly pochybnosti o tom, zda fakticky vlastnické právo na stát v rozhodném období přešlo, byly obecné soudy povinny interpretovat a aplikovat právo tak, aby poskytly ochranu důvěře jednotlivců ve správnost aktů veřejné moci a aby nepostupovaly v přímém rozporu s účelem restitučního zákonodárství a dobrou vírou stěžovatelů. Závěry uvedené ve zmíněném Pl. ÚS – st. 21/05 tak nedopadají na situace, v níž byla založena dobrá víra a po velmi dlouhou dobu trvala dobrá víra jednotlivců jednajících v důvěře ve správnost aktů veřejné moci. V případě, že by soudy popřely vlastnické právo stěžovatelů s odkazem na postup podle restitučních předpisů, nebylo by restitučních předpisů v daném případě užito k nápravě majetkové křivdy, ale k vytvoření křivdy nové.²⁹

IV. ZÁVĚR

²⁸ Srov. nález Ústavního soudu ze dne 29. 12. 2009, sp. zn. IV. ÚS 42/09.

²⁹ Srov. tamtéž.

Dnešní zápisy do katastru nemovitostí zaručují nabyvatelům nemovitostí, kteří je kupují od osob zapsaných v katastru jako jejich vlastníci pouze dobrou víru, a tedy oprávněnou držbu. Z toho vyplývá, že koupíme-li nemovitost od osoby zapsané jako vlastník v katastru nemovitostí, můžeme mít jistotu v tom, že se staneme oprávněnými držiteli nemovitosti, nemáme však zaručeno, že se staneme jejími skutečnými vlastníky. V tom je dnešní právní úprava odlišná od zápisů v pozemkové knize, kdy platilo, že ten, kdo nabyt právo od osoby zapsané jako vlastník v pozemkové knize, byl chráněn tak, jako by nabyt právo od jejího skutečného vlastníka, i když by později vyšlo najevo, že držitel nemovitosti zapsaný v pozemkové knize jako vlastník skutečným vlastníkem nebyl.³⁰

Dobrou víru držitele je třeba dovozovat nejen ze zápisů v katastru nemovitostí učiněných po 1. 1. 1993, ale musí se vztahovat ke všem právním skutečnostem, které mají za následek nabytí věci nebo práva, které je předmětem držby tedy i k existenci smlouvy o převodu nemovitosti. V dobré víře se může nacházet v katastru zapsaný vlastník i přesto, že právní úkon, na jehož základě měl vlastnictví nabýt je neplatný. Ke každému případu je však třeba přistupovat individuálně a nutno zohlednit konkrétní okolnosti převodu. Dobrá víra tak chrání osoby, které nabyly vlastnictví pouze zdánlivě, a skutečný nesoulad nemohly zjistit nebo toto zjišťování by šlo nad rámec jisté míry opatrnosti, kterou lze po nich požadovat.

Literature :

- Barešová, E., Baudyš, P.: Zákon o zápisech vlastnických a jiných věcných práv k nemovitostem. Komentář. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2002, 742 s., ISBN 80-7179-625-5

- Baudyš, P.: Katastr a nemovitosti. 2. vydání. Praha : C. H. Beck, 2010, 305 s., ISBN 978-80-7400-304-2

- Hurdík, J., Fiala, J., Hrušáková, M.: Úvod do soukromého práva. 2. upravené a rozšířené vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2002, 158 s., ISBN 80-210-2976-5

³⁰ Viz Baudyš, P.: Katastr a nemovitosti. 2. vydání. Praha : C.H.Beck, 2010, s. 139

- Šarman, J.: Přehled judikatury z oblasti věcných práv. Praha: ASPI, a. s., 2006, 340 s., ISBN 80-7357-145-5

- Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M. a Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník I. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck. 2009, 1394 s., ISBN 978-80-7400-108-6

- Vrchá, P.: Katastrální a související judikatura, 2. vydání. Praha: Linde, 2006, 495 s., ISBN 80-7210-581-8

Contact – email

41762@mail.muni.cz

APLIKACE § 3 ODS. 1 O.Z. V RÁMCI CIVILNÍHO SOUDNÍHO ŘÍZENÍ

§ 3 SUB.1 CIVIL CODE APPLICATION WITHIN THE SCOPE OF CIVIL TRIAL

INGRID KOVÁŘOVÁ KOCHOVÁ

Doktorand Katedry občanského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity Brno

Odborný asistent Katedry občanského a pracovního práva Právnické fakulty Univerzity Palackého Olomouc

Soudce Okresního soudu v Olomouci

Abstrakt:

Příspěvek se věnuje postupu aplikace ust. § 3 odst. 1 o.z. v rámci civilního soudního řízení sporného, a to zejména s ohledem na zákonnou koncentraci řízení. Podává se stručný přehled toho, jak o aplikaci § 3 odst. 1 o.z. rozhoduje Nejvyšší soud ČR a Ústavní soud ČR, jaká je ustálená rozhodovací praxe. Příspěvek se pak dále zabývá tím, zda obecné soudy mohou zajistit ochranu před výkonem práv v rozporu s dobrými mravy i ve sporném řízení ovládaném nyní zásadou koncentrace řízení.

Klíčová slova:

Dobré mravy, zásada koncentrace řízení.

Abstract:

The article attend to the procedure of 3 sub. 1 Civil Code application within the scope of contentious civil trial with emphasis on the legal trial concentration. It reports an sententious summary of how the Highest (nejvyssi-to nevim) Court of the Czech republic and the Constitutionla

Court of Czech republic adjudicate the application of the § 3 sub. 1 Civil Code. How the established decision praxi looks like. The article handle also wheather district courts can ensure protection against excercise of rights in discordant good manners also in contentious civil trial which is nowadays possessed by principle of the trial concentration.

Key words:

Good manners, principle of the trial concentration

I. Úvod.

Tento příspěvek se zabývá některými procesními aspekty posuzování toho, zda výkon práva je nositelem práva realizován v souladu s dobrými mravy, či v rozporu s dobrými mravy, a zda je tedy namístě v řízení postupovat podle § 3 odst. 1 z.č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku v platném a účinném znění (dál jen „o.z.“) a odepřít nositeli práva výkon jeho práva, popřípadě vymáhání povinností po protistraně.

Podle § 3 odst. 1 o.z. 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. Tato právní norma je právní normou s relativně neurčitou hypotézou. Je proto na orgánu aplikujícím právo, aby v každém konkrétním případě stanovil hypotézu právní normy a následně ji aplikoval na projednávaný spor.¹

V rozhodnutí sp. zn. 3 Cdon 69/96 ze dne 26.6.1997 Nejvyšší soud České republiky (dále jen „NS ČR“) uzavřel, že rozhodnutí o tom, zda jsou splněny podmínky pro použití ustanovení § 3 odst. 1 o. z. je nutno učinit (zejména v případě že se účastník řízení tohoto ustanovení výslovně dovolává) po pečlivé úvaze, v jejímž rámci musí být zváženy jak důvody pro něž se použití citovaného ustanovení dožaduje ten, kdo má povinnost byt vyklidit (zde může jít kupříkladu o rodinné a sociální poměry vyklizovaného, délku doby, po niž vyklizovaný v bytě bydlí apod.), tak všechny rozhodné okolnosti na straně toho, kdo se vyklizení bytu domáhá. Oněmi rozhodnými okolnostmi jsou pak ty, které mohou ovlivnit odpověď na otázku, zda lze po žalobci spravedlivě požadovat, aby se ochrana jeho práva (práva na vyklizení žalovaného bez poskytnutí bytové náhrady) podmínila či odložila.² Odepření výkonu práva pro jeho rozpor s dobrými

¹ Srov NS ČR sp.zn. 21 Cdo 486/2002, případně 28 Cdo 4386/2008

² Srov NS ČR sp.zn. 3 Cdon 69/96

mravy je nutno posuzovat ve vztahu ke zcela jedinečným skutkovým okolnostem jednotlivých případů.³

Soud při rozhodování v každé konkrétní věci musí dostát své základní povinnosti vymezené v čl. 90 odst. 1 Ústavy. Je povinen poskytnout ochranu právům v rámci civilního soudního řízení. Otázka, kterou si klade tento příspěvek zní: Má k tomu dostatečný prostor v rámci civilního soudního řízení? Příspěvek se zaměřuje na tzv. řízení sporná, resp. neuvedená v ust. § 120 odst. 2 z.č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu v platném a účinném znění (dále jen „o.s.ř.“).

II. Obsah pojmu „dobré mravy“.

Pozitivní právo neobsahuje legální definici pojmu „dobré mravy“. Obsah tohoto pojmu tak hledá právní teorie i právní praxe. Obsah tohoto pojmu bývá odvozován z římského práva, tedy je chápán ve smyslu zachovávání pravidel slušnosti převzatých od předků, dobré mravy jsou odlišovány od morálky, neboť netvoří normativní systém, jde o měřítko etického hodnocení konkrétních situací odpovídajícím obecně uznávaným pravidlům slušnosti.⁴ Dobré mravy jsou rovněž vymezovány jako soubor pravidel chování, jež ukládá v určité době a určitém místě společenská morálka.⁵ Setkáváme se i s přístupem, který se nepokouší podat vyčerpávající definici tohoto pojmu, přímo nedefinuje obsah pojmu, poukazuje spíše na funkce dobrých mravů, upozorňuje na zásadní věc, totiž, že nelze ztotožňovat dobré mravy s morálkou, veřejným míněním, či převažujícím názorem společnosti jako takovým bez dalšího⁶, jsou řazeny mezi odnože ekvity jako pojmu vyššího řádu.⁷ Z uvedeného stručného nástinu přístupů k chápání pojmu „dobré mravy“ jsou patrný jejich odlišnosti.

Soudní praxe se pro potřeby interpretace a aplikace ust. § 3 odst. 1 o.z. zabývá sama obsahem tohoto pojmu i její přístup se mění v čase jak se podává z následujícího stručného přehledu. Plyne z něj také snaha poukázat na funkce dobrých mravů, dále pak na postup při aplikaci § 3 odst. 1 o.z. a tedy i procesní stránku řízení.

³ Srov NS ČR sp.zn. 33 Odo 333/2005

⁴ Knap., V: Teorie práva, Praha, C.H. Beck, 1995, str. 85

⁵ Fiala, J., Kindl, M. a kol.: Občanské právo hmotné, 2. vyd. Plzeň, A.Čeněk, str. 47

⁶ Hurdík, J.: Přehled zásad soukromého práva, Brno, Masarykova univerzita, 1998, str.79

⁷ Hurdík, J., Lavický, P.: Systém zásad soukromého práva, Brno, Masarykova univerzita, 2010, str. 122

Podle rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 15Co 137/1993 z 15.4.1993 „dobré mravy společnosti je nutno chápat jako souhrn určitých etických a kulturních norem společnosti, z nichž některé jsou trvalou a neměnnou součástí lidské společnosti, jiné spolu se společností podléhají vývoji.⁸ V polovině 90.let pak Ústavní soud ČR dospěl k závěru, a to v rozhodnutí sp.zn. II. ÚS 190/94 ze dne 20.12.1995, že „dispoziční právo vlastnické lze výjimečně omezovat zákonem, takové omezení musí respektovat zásadu, podle níž vlastnické právo všech vlastníků má stejný zákonný obsah a ochranu. Na základě ustanovení § 3 odst. 1 občanského zákoníku, podle něhož výkon práv nesmí být v rozporu s dobrými mravy, nelze aktem aplikace práva konstituovat dosud neexistující povinnosti vlastníka. Uvedený postup by vedl k porušení čl. 4 odst. 4 a čl. 11 odst. 4 Listiny základních práv a svobod.“

V již výše uvedeném rozhodnutí sp. zn. 3 Cdon 69/96 vymezil obsah pojmu dobré mravy NS ČR, a to tak, že „I. Dobrými mravy se rozumí souhrn společenských, kulturních a mravních norem, jež v historickém vývoji osvědčují jistou neměnnost, vystihují podstatné historické tendence, jsou sdíleny rozhodující částí společnosti a mají povahu norem základních. II. Použití ustanovení § 3 odst. 1 o. z. nelze vyloučit na základě úvahy, že takový výkon práva, který odpovídá zákonu, je vždy v souladu s dobrými mravy.“

Ústavní soud poté v rozhodnutí sp.zn. II.ÚS 249/97 ze dne 26.2.1998 dobré mravy vymezil jako „souhrn etických, obecně zachovávaných a uznávaných zásad, jejichž dodržování je mnohdy zajišťováno i právními normami tak, aby každé jednání bylo v souladu s obecnými morálními zásadami demokratické společnosti.“ a dodal, že „tento obecný horizont, který vývojem společnosti rozvíjí i svůj morální obsah v prostoru a čase, musí být posuzován z hlediska konkrétního případu také právě v daném čase, na daném místě a ve vzájemném jednání účastníků právního vztahu. Takovéto hodnocení přísluší výhradně obecným soudům, není ani v možnostech ústavního soudu vnikat do oněch subtilních vztahů jednotlivců, pokud jejich jednání nesignalizuje porušení základních práv a svobod.“

V rozhodnutí sp.zn. I. ÚS 528/99 ze dne 28.1.2001 Ústavní soud dospěl k závěru, že „nelze připustit, aby z mezí stanovených ústavním zákonem nebo mezinárodní smlouvou ve smyslu čl. 10 Ústavy vybočilo rozhodnutí, založené na zákonem povolené úvaze soudu. Tak je tomu např. při aplikaci ustanovení § 3 odst. 1 o.z. používajícího relativně neurčitý pojem "dobré mravy". Úvaha soudu založená na aplikaci ust. § 3 odst. 1 o.z. proto musí být v každém konkrétním případě podložena konkrétními zjištěními, z nichž plyne - a to i s přihlédnutím k situaci strany oprávněné (vlastníku) - že výkon práva je v rozporu s dobrými mravy.“

⁸ rozh. Krajského soudu v Brně sp. zn. 15Co 137/1993 z 15.4.1993

V rozhodnutí sp.zn. 30 Cdo 664/2002 ze dne 27.11.2003 NS ČR uvedl, že „Dobré mravy jsou měřítkem hodnocení konkrétních situací, odpovídajícím obecně uznávaným pravidlům slušnosti v souladu s obecnými morálními zásadami demokratické společnosti; mají převážně funkci interpretační. Ustanovení občanského zákoníku o dobrých mravech se nepoužije, jestliže přímá aplikace příslušného ustanovení zákona vede k témuž výsledku.“

V rozhodnutí sp.zn. 25 Cdo 200/2008 ze dne 30.11.2010 NS ČR uzavřel, že „dobrými mravy se rozumí souhrn společenských, kulturních a mravních norem, jež v historickém vývoji osvědčují jistou neměnnost, které vystihující podstatné historické tendence jsou sdíleny rozhodující částí společnosti, a mají povahu norem základních“.

V rozhodnutí sp.zn. III. ÚS 649/05 ze dne 3.5.2006 Ústavní soud shrnul své dosavadní závěry a uvedl, že definici pojmu dobré mravy podal v již výše uvedeném rozhodnutí sp.zn. II. ÚS 249/97 a dodal, že „ustálená judikatura nejenom Nejvyššího soudu (srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 29 Co 2495/98, 29 Cdo 969/99 a dále citované rozhodnutí sp. zn. 23 Cdo 2060/98) předpokládá, že soudy se budou v řízení požadavkem souladu s dobrými mravy zabývat jako společensky uznávaným komplexem mínění, které ve vzájemných vztazích mezi lidmi určuje, jaký má nebo může být obsah jejich jednání, aby bylo z hlediska obecných morálních zásad demokratické společnosti akceptovatelné. Soud tedy zjišťuje, zda se příslušné smluvní ujednání (resp. jeho výkon) přičí dobrým mravům v daném čase a na daném místě podle objektivního kritéria, nezávisle na vědomí a vůli toho, kdo právo nebo povinnost vykonává (nezávisle na zavinění) a v tomto ohledu provádí dokazování.“

Hodnocení rozporu výkonu práva s dobrými mravy je nutno uvažovat v jakémkoli řízení, v němž procesní strany uplatňují své nároky, tedy vykonávají svá práva, nejen nároky absolutní povahy, ale i nároky plynoucí ze závazkových právních vztahů. Soud má zvažovat, zda aplikovat ust. § 3 odst. 1 o.z., kupříkladu i při hodnocení důvodnosti uplatněné námítky promlčení⁹, při rozhodování o návrhu na odstranění stavby.¹⁰ V rozporu s dobrými mravy je šikana, tedy výkon práva, jehož jediným cílem je poškodit jiného.¹¹ Případná aplikace § 3 odst. 1 o.z. má své místo i v řízeních o obchodně právních závazkových vztazích.¹² Použití § 3 odst. 1 o.z. je možné zpravidla ve výjimečných případech výkonu práv a povinností, a to jako spravedlivé, spravedlivě vyrovnávací měřítko pro

⁹ Rozhodnutí NS ČR 28 Cdo 4092/2008

¹⁰ Rozhodnutí NS ČR 22 Cdo 432/2002

¹¹ Rozhodnutí NS ČR sp.zn. 22 Cdo 1567/2004

¹² Rozhodnutí NS ČR sp.zn. 29 Odo 756/2005

hodnocení konkrétních okolností individuálního případu, sledující odstranění případných tvrdostí zákona.¹³

Početně nejširší je však skupina rozhodnutí týkající se nájmu bytů a vyklizení bytů. Při analýze judikatury zjistíme, že převážná část rozhodnutí NS ČR pojednávajících o aplikaci ust. § 3 odst. 1 o.z. se týká rozhodování o bytové náhradě v případě vyklizení bytu osobou byt užívající dlouhodobě, dále pak při zkoumání naplněnosti tzv. sankčních výpovědních důvodů a dalšího chování účastníků právního vztahu nájmu bytu poté, co k porušení povinností nájemce došlo, což má nalézt svůj odraz v konečném rozhodnutí soudu. V rozhodnutí NS ČR sp. zn. 26 Cdo 1743/2007 ze dne 15.10.2008 dospěl k závěru, že „Podle § 3 odst. 1 o.z. nelze zamítnout žalobu o vyklizení bytu, jestliže smlouva o jeho nájmu je absolutně neplatná. Je-li pronajímatel podle neplatné smlouvy vlastníkem nemovitosti, v níž je umístěn smlouvou dotčený byt, svědčí mu i právo na ochranu tohoto vlastnictví, neboť užívání jeho nemovitosti – bez právního důvodu – představuje zásah do vlastnického práva, který je neoprávněný. K ustanovení § 3 odst. 1 o. z. je možno při vyklizení bytu užívaného bez právního důvodu přihlídnout, avšak pouze při úvaze, zda právo vlastníka neomezit tím, že vyklizení bytu bude vázáno na delší lhůtu, případně na zajištění bytové náhrady. Při úvaze o tom, zda vyklizení místností sloužících vyklizované osobě k bydlení má být výjimečně podmíněno zajištěním bytové náhrady, nebo odloženo určením delší lhůty k vyklizení, přitom nelze pominout okolnost, že vyklizovaný, který zde dlouhodobě bydlel v přesvědčení, že mu svědčí platný titul bydlení, nedostatky tohoto titulu nezpůsobil.“

Aplikace ust. § 3 odst. 1 o.z. má mít místo pouze tam, kde předmětem řízení je poskytnutí ochrany již existujícím právům, tedy v řízeních, kde je vydáváno deklaratorní rozhodnutí, nikoli tam, kde v průběhu řízení je nově rozhodováno o uspořádání právních vztahů účastníků řízení a je tedy vydáváno konstitutivní rozhodnutí. NS ČR již v rozhodnutí sp.zn. 26 Cdo 2858/20002 ze dne 5.9.2002 dospěl k závěru, že „Na vydávání konstitutivních rozhodnutí soudu ustanovení nelze aplikovat ustanovení § 3 odst. 1 o. z., neboť občanskoprávní vztah vzniká teprve právní mocí takového rozhodnutí; aplikace § 3 odst. 1 o. z. je možná jen na výkon jednotlivých práv a povinností vyplývajících až z tohoto nově vzniklého právního vztahu.“

Rozhodovací praxe je ustálena v tom, že důvod pro postup dle § 3 odst. 1 o.z. není dán v řízeních dle § 80 pís. c) o.s.ř. o určení vlastnického práva a tedy s odkazem na ust. § 3 odst. 1 o.z. takovou žalobu nelze zamítnout.¹⁴

¹³ Rozhodnutí NS ČR sp.zn. 28 Cdo 693/2006 24.7.2008

¹⁴ Rozhodnutí NS ČR 22 Cdo 1917/2004

obdobně pak není důvod pro postup podle § 3 odst. 1 o.z. při zrušení a vypořádání podílového spoluvlastnictví.¹⁵ Poukazem na dobré mravy nelze zhojit vady imperfektních právních úkonů.¹⁶

Podle závěrů rozhodnutí NS ČR sp.zn. 28 Cdo 5344/2007 ze dne 21.1.2009 „pojem dobrých mravů, jako souboru etických, obecně zachovaných a uznávaných zásad, musí být posuzován z hlediska konkrétního případu v daném čase, na daném místě a ve vzájemném ujednání účastníků právního vztahu. Takové hodnocení přísluší výhradně obecným soudům.“¹⁷

Vymezení obsahu pojmu „dobré mravy“ jak vyplývá z uvedeného přehledu se v jednotlivých případech liší. Těmto odlišnostem však tento příspěvek věnován není, proto se jimi podrobněji nezabývá. Pozornost je věnována právě procesním aspektům aplikace tohoto ustanovení pozitivního práva.

III. Aplikace § 3 odst. 1 o.z. v rámci zákonné koncentrace řízení.

Z uvedeného přehledu soudních rozhodnutí vyplývá, že je úkolem nalézacích soudů zabývat se z úřední povinnosti tím, zda v projednávaném sporu, při výkonu práva, je či není postupováno v rozporu s dobrými mravy. Přesněji, v každém civilním soudním řízení, jehož výsledkem je vydání deklaratorního soudního rozhodnutí, o nároku v rámci tohoto řízení uplatňovaném, je obecný soud povinen zabývat se aplikací ust. § 3 odst. 1 o.z. na projednávané vztahy účastníků řízení. Má však obecný soud dostatečný prostor této své povinnosti dostát ?

Občanské soudní řízení má sloužit k tomu, aby byla zajištěna spravedlivá ochrana práv a oprávněných zájmů účastníků řízení. Úkolem soudního řízení má být i výchova k zachovávaní zákonů, k čestnému plnění povinností a k úctě k právům jiných osob. Alespoň tak je účel občanského soudního řízení vymezen v ust. § 1 o.s.ř. Úkolem soudu je dále dle § 2 část věty za středníkem o.s.ř. dbát na to, aby nedocházelo k porušování práv a právem chráněných zájmů účastníků řízení a aby práva nebyla zneužívána na úkor účastníků řízení.

¹⁵ Rozhodnutí NS ČR sp.zn. 22 Cdo 2335/2006

¹⁶ Rozhodnutí NS ČR sp.zn. 28 Cdo 2700/2007

¹⁷ NS se tak opět přihlásil ke svým závěrům publikovaným v rozhodnutí sp.zn. 2 Cdon 473/96 ze dne 29.5.1997

Účastníci občanskoprávních vztahů v rámci procesně právních vztahů se snaží dosáhnout ochrany svých práv a právem chráněných zájmů. V případě kontradiktorního vztahu účastníků řízení, jde o řízení sporné. Vymezení, resp. odlišení řízení sporného a řízení nesporného je možno provést právě odlišením charakteru řízení jako takového. Toto odlišení v rovině teoretické však nekoresponduje s pozitivní právní úpravou. Lišícím kritériem je ust. § 120 odst. 2 o.s.ř., které taxativním výčtem vymezuje řízení, pro která platí, případně neplatí určitá zákonná ustanovení. Ust. § 120 odst. 2 o.s.ř. vyjmenovává i některá řízení sporná, např. řízení o přivolení k výpovědi z nájmu bytu. Proto nelze vymezit tuto hranici jako hranici mezi řízením sporným a nesporným. Oním hraničním určovatelem *de lege lata* je právě ust. 120 odst. 2 o.s.ř.

V řízeních v tomto ustanovení neuvedených realizují účastníci řízení svá práva a povinnosti tak, že jejich postavení je kontradiktorní. Řízení se řídí zásadou projednací, tedy výsledek jejich pře je závislý na míře jejich procesní aktivity. Podle procesní teorie se tato odpovědnost za výsledek sporu projevuje v průběhu sporu v tom, že účastníci řízení nesou dvě základní procesní povinnosti, povinnost tvrdit a povinnost důkazní. Rozložení těchto povinností v konkrétní při je závislé od řady dalších procesních okolností, zejména od charakteru žalobních tvrzení, charakteru důkazních prostředků, které účastník řízení v rámci řízení k prokázání svých tvrzení označuje, rovněž i od toho, jaký je jeho postoj ke sporu, zda pasivní, či aktivní, kdy formuluje svoji procesní obranu ve při v podobě vzájemného návrhu, či námitky započtení.

S účinností od 1.7.2009, tedy od účinnosti z.č. 7/2009 Sb., je však výrazným způsobem omezena doba, po kterou mohou uplatňovat účastníci řízení v rámci civilního soudního řízení svá tvrzení a důkazy v řízeních neuvedených v ust. § 120 odst. 2 o.s.ř. Tímto okamžikem je okamžik, kdy v řízení nastává zákonná koncentrace řízení dle § 118b odst. 1, 2 o.s.ř. Touto právní úpravou, byla výrazně posílena kontradiktornost civilního řízení sporného. Výsledek sporu činí závislým na procesní aktivitě stran sporu. Pasivita strany sporu mívá za následek ztrátu sporu, je nerozhodné, zda v postavení žalobce, či žalovaného. V případě alternativy druhé je takovýto závěr k diskusi.¹⁸ Povinnost tvrzení a povinnost důkazní jsou dvě různé procesní povinnosti, které účastník řízení v závislosti od průběhu sporu musí plnit, jejich plnění je vzájemně nezastupitelné, tj. plněním důkazní povinnosti nelze splnit povinnost tvrzení a opačně.

Může za tohoto stavu pozitivního práva nalézací soud dostát svým povinností dle § 1 o.s.ř., případně vymezené dále v ust. § 2 část věty za

¹⁸ Žalobce nese břemeno tvrzení a důkazní k existenci závazku, břemeno tvrzení ve vztahu k existenci dluhu, žalovaný pak břemeno důkazní k existenci dluhu. Sama neúčast u přípravného jednání (typická kontumační situace) bez dalšího má vést k vydání rozhodnutí dle § 153a o.s.ř.

středníkem o.s.ř. a dospět k vydání spravedlivého rozhodnutí zohledňujícího i kriteria ust. § 3 odst. 1 o.z. ? Odpověď na tuto otázku je vcelku jednoduchá, soud je povinen to učinit. Procesněprávní úprava *de lege lata* však tuto povinnost činí velmi obtížně realizovatelnou.

Závěr o tom, zda je určité právo realizováno v rozporu s dobrými mravy, a proto je nutno nositeli práva tuto realizaci podle § 3 odst. 1 o.z. odepřít, je věcí právního posouzení. Jde o aplikaci hmotného práva na zjištěný skutkový stav. Právní norma ust. § 3 odst. 1 o.z. je právní normou s relativně neurčitou hypotézou jak ji bylo uvedeno v úvodní části tohoto příspěvku. Je tedy na soudu, aby při řešení každé pře obsah této právní normy nejprve stanovil a následně pod ni subsumoval zjištěný skutkový stav. V ideální rovině by tedy soud měl vést nejprve dokazování k obsahu samotného pojmu dobré mravy.¹⁹ Následně pak je na soudu, aby zvážil pečlivě všechny okolnosti případu na stranách obou účastníků sporu, které mohou ovlivnit odpověď na otázku, zda právo je vykonáváno v rozporu s dobrými mravy, či nikoli.²⁰

V řízení ovládaném zásadou projednací by mělo být zásadně vyloučeno, aby to byl soud, kdo vnáší sám do řízení nové skutečnosti. Je pojmově vyloučeno, aby to byl soud, kdo bude ve při činit skutková tvrzení. Povinnost tvrzení je povinností účastníka řízení dle § 101 odst. 1 pís. a) o.s.ř. Povinností soudu je pouze realizovat poučovací povinnost dle § 118a odst. 1 o.s.ř., případně podle § 118a odst. 2 o.s.ř., pokud absentují skutková tvrzení strany sporu zatížené břemenem tvrzení, a to vše v období před okamžikem, kdy nastává zákonná koncentrace řízení.

Při rozhodnutí ve věci však současně soud nemůže pominout skutečnosti, které v průběhu řízení vyšly najevo, tj. skutečnosti uvedené v ust. § 132 první část věty za středníkem o.s.ř. Opačný postup by byl kvalifikován jako porušení práva na spravedlivý proces garantovaného čl. 36 odst. 1 Listiny.²¹ V rozhodnutí NS ČR sp.zn. 26 Cdo 2909/2010 ze dne 19.1.2011 NS ČR dospěl dále k závěru, že skutečnosti rozhodné pro aplikaci ust. § 3 odst. 1 o.z. lze v řízení uplatňovat implicitně.²²

¹⁹ Tato úvaha není nikterak nová, jde o standardní způsob aplikace ust. § 879 ABGB uvádění např. V. Kubešem v jeho dodnes nedoceněné práci *Smlouvy proti dobrým mravům* vydané nakladatelstvím Orbis v Praze v r. 1933.

²⁰ Rozhodnutí NS ČR sp.zn. 21 Cdo 633/2002 ze dne 12.8.2003

²¹ Rozhodnutí ÚS ČR sp.zn. I. ÚS 601/02 ze dne 27.1.2004

²² Předmětem řízení byla žaloba na vyklizení podaná po skončení nájemního poměru sjednaného na dobu určitou, nájemce dlužil nájemné, existence dluhu byla v řízení prokázána, nájemné nebylo placeno po převážnou dobu trvání nájemního poměru, dále nájemce tvrdil, že nájemné neplatil z důvodu nepříznivé ekonomické situace.

Je však i soud prvního stupně omezen ve vztahu v tom, zda přihlédne ke skutečnostem vyšším v řízení najevo poté, co nastala zákonná koncentrace řízení, nejde-li současně o situace zákonodárcem taxativně vyjmenované v ust. § 118b odst. 1 věta třetí o.s.ř.? Z pozitivní právní úpravy de lege lata nevyplývá jiná odpověď, než odpověď pozitivní. Tedy i soud je v tomto směru limitován okamžikem, kdy nastala zákonná koncentrace řízení.

Ve vztahu k provádění důkazů není omezení soudu takto zásadní. Jednak je povinností soudu realizovat poučovací povinnost dle § 118a odst. 3 o.s.ř. vůči účastníkům řízení zatíženému důkazním břemenem, jednak je soud oprávněn (ve smyslu povinen) provést důkazy sám z vlastní iniciativy podle ust. § 120 odst. 3 o.s.ř. Časové omezení, které představuje zákonná koncentrace řízení dle § 118b odst. 1, 2 o.s.ř. de lege lata platí i pro soud.²³

Pro hodnocení toho, zda právo je vykonáváno v rozporu s dobrými mravy je tedy i soud prvního stupně v obou výše naznačených rovinách, tj. rovině tvrzení, resp. rovině skutkové, i rovině dokazování limitován zákonnou koncentrací řízení. Nesmí přihlédnout k těm skutečnostem a důkazům, které byly označeny, případně vyplynuly najevo poté, co nastaly účinky zákonné koncentrace řízení a současně nespádají do zákonem stanovených výjimek taxativně vypočtených v ust. § 118b odst. 2 věta třetí o.s.ř. Tedy nejde-li o skutečnosti nebo důkazy, jimiž má být zpochybněna věrohodnost provedených důkazů, nejde-li o skutečnosti nebo důkazy, které nově nastaly po okamžiku koncentrace řízení, případně, které účastník řízení nemohl bez své viny uvést a konečně skutečnosti a důkazy uváděné po poučení soudu dle § 118a odst. 2 o.s.ř. Z uvedeného výčtu je patrné, že skutečnosti způsobitou prolomit limity koncentrace řízení mající původ ve sféře působení soudu jsou toliko skutečnosti nově vzniklé, nastalé poté co nastaly účinky koncentrace řízení.

Není totiž na soudu, aby sám, iniciativně, zpochybňoval věrohodnost provedených důkazních prostředků a v tomto směru inicioval dokazování. Byla by tak porušena zásada projednací. Soud samozřejmě provádí hodnocení důkazů podle § 132 o.s.ř. jde o myšlenkový postup, jehož výsledkem je závěr o tom, které skutečnosti jsou prokázány, které nikoli. Zda z provedeného dokazování lze dospět k závěru, že některé důkazní prostředky jsou nevěrohodné, a proto z nich skutková zjištění činit nebude. Ovšem provedení tohoto hodnocení a učinění konečného závěru o tom, které skutečnosti jsou prokázány a které nikoli může soud učinit až po skončení dokazování. Již v průběhu řízení, vedení sporu lze usuzovat např. na to, které důkazní prostředky jsou např. důkazními prostředky zjevně nezpůsobilými, případně, jejichž provedení je nadbytečné. Jde o hodnocení

²³ Za účinnosti předchozí právní úpravy k totožnému závěru dospěl i NS ČR v rozhodnutí sp. zn. 29 Odo 1538/2006 ze dne 27.3.2008

procesního charakteru důkazních prostředků, nikoli důkazů jako informace, kterou důkazní prostředky nesou.

Pro řízení odvolací v řízeních neuvedených v ust. § 120 odst. 2 o.s.ř. se uplatňuje v návaznosti na realizaci poučení soudu dle § 119a odst. 1 o.s.ř. zásada neúplné apelace. V odvolacím řízení lze tak uplatňovat *de lege lata* nové skutečnosti a důkazy za podmínek uvedených v ust. § 205a odst. 1 o.s.ř. Novelizací realizovanou z.č. 7/2009 Sb. nebyla ustanovení upravující odvolací řízení dotčena. Je však na místě se ptát, zda za situace, kdy nastala zákonná koncentrace řízení dle § 118b odst. 1, 2 o.s.ř. mohou být kdykoli poté, tedy i v rámci řízení odvolacího uplatňovány nové skutečnosti a důkazy. Odpověď na tuto otázku se podává z jazykového výkladu těchto ustanovení, tedy lze uvádět nové skutečnosti a důkazy dle § 205a odst. 1 pís. a), b), c) a f) o.s.ř.

V vztahu ke skutečnostem a důkazům dle § 205a odst. 1 pís. d) o.s.ř. umožňujícího uvádět nové skutečnosti a důkazy při absenci poučení dle § 118a odst. 1, 3 o.s.ř. a § 205a odst. 1 pís. e) o.s.ř. při absenci poučení dle § 119a odst. 1 o.s.ř. odpověď jednoznačná není. Ust. § 118b odst. 1, 2 o.s.ř. totiž striktně vymezuje okamžik, kdy koncentrace řízení nastává.

Pokud bychom dospěli k závěru, že to možné není, pak pochybení ze strany soudu spočívající v absenci poučení dle § 118a odst. 1, 3 o.s.ř. by mohl mít za následek ztrátu sporu. Takový postup by však byl zcela nepochybně zásahem do práva na spravedlivý proces dle čl. 36 odst. 1 Listiny. Byla by porušena premisa ukládající soudu, aby rozhodnutí soudu bylo předvídatelné. Soudní praxe totiž dovodila, že poučovací povinnost soudu je objektivní povahy, účastník řízení musí být poučen.²⁴

Absence poučení dle § 119a odst. 1 o.s.ř. vede dle § 205a odst. 1 pís. e) o.s.ř. k možnosti uplatňovat v odvolacím řízení nové skutečnosti a důkazy, tedy k systému úplné apelace i v řízeních neuvedených v ust. § 120 odst. 2 o.s.ř. Při současné aplikaci ust. § 118b odst. 1, 2 o.s.ř. by došlo k vyloučení tohoto následku v rámci odvolacího řízení.

Na druhé straně můžeme dospět k závěru, že pro odvolací řízení je ust. § 118b odst. 1, 2 o.s.ř. bez aplikačního významu. Takový závěr však nemá přímou oporu v obsahu právního předpisu. Zejména v případě možnosti uvádění nových skutečností dle § 205a odst. 1 pís. e) o.s.ř. by ust. § 118b odst. 1, 2 o.s.ř. rázem pro předmětné řízení bylo ustanovením obsoletním.

Je zjevné, že tyto problematické závěry ve vztahu k tvrzením a důkazům přednášeným účastníky řízení navíc neřeší to, zda odvolací soud v rámci projednání a rozhodnutí věci je oprávněn přihlížet ke skutečnostem, které

²⁴ K tomu srov. rozhodnutí NS ČR sp.zn. 28 Cdo 3007/2009, případně rozhodnutí NS ČR 21 Cdo 2604/2009

vyšly v řízení najevo v rámci odvolacího řízení. Zda je oprávněn provádět důkazy dle § 120 odst. 3 o.s.ř. i v rámci odvolacího řízení, a to právě za situace, kdy by de lege lata bylo možno uvádět nové skutečnosti a důkazy pod ust. § 205a odst. 1 pís. d) a e) o.s.ř. uplatnit. Naznačený problém judikatorně doposud řešen není. Je otázkou, zda jej vůbec lze uspokojivě tímto způsobem vyřešit. Zda cestou výkladu normy veřejného práva řešit tuto zákonodárcem vytvořenou nedokonalost práva.

Pro úplnost se dodává, že provádění důkazů dle § 120 odst. 3 o.s.ř., jichž potřeba provedení vyšla v řízení najevo z tvrzení uváděných v rozporu s ust. § 205a o.s.ř. platí, že takový důkaz být proveden nesmí.²⁵ Pro odvolací řízení dále NS ČR dovodil, že v případě odlišného hodnocení zjištěného skutkového stavu v důsledku aplikace ust. § 3 odst. 1 o.z., je soud odvolací povinen rozhodnutí soudu první instance zrušit, jinak by svým postupem odňal účastníku jednu instanci soudního řízení a porušil by tak zásadu dvojinstančnosti soudního rozhodování.²⁶

V rámci dovolacího řízení nemohou být uplatněny nové skutečnosti a důkazy dle § 241a odst. 4 o.s.ř. tedy ani soud není oprávněn vnášet do řízení nové skutečnosti a důkazy v rámci daného kasačního systému. Nicméně jak bylo uvedeno v úvodu tohoto příspěvku, případná aplikace ust. § 3 odst. 1 o.z. je věcí právního posouzení zjištěného skutkového stavu. Je otázka souladu jednání, resp. výkonu práva otázkou zásadního právního významu, která umožňuje přezkum v rámci dovolacího řízení.

NS ČR ve svém rozhodnutí sp.zn. 28 Cdo 2160/2007 dospěl k závěru, že oprávnění aplikovat ustanovení § 3 odst. 1 o.z. o zákazu výkonu práva v rozporu s dobrými mravy (respektive přezkum správnosti jeho aplikace) by mělo náležet převažující měrou soudům nižších instancí, že dovolací soud by měl tuto právní otázku učinit předmětem svého přezkumu jen v případě zjevné nepřiměřenosti relevantních úvah soudů v nalézacím řízení.

Podle závěrů rozhodnutí NS ČR sp.zn. 33 Odo 1320/2005 právní otázka může být předmětem dovolacího přezkumu pouze, zpochybnil-li dovolatel řešení, která ve vztahu k nim zaujal odvolací soud, pokud však dovolatel neuvedl žádné konkrétní výhrady, jimiž by zpochybnil správnost závěru odvolacího soudu o aplikovatelnosti § 3 odst. 1 o.z., nelze dospět k závěru o přípustnosti dovolání dle § 237 odst. 1 pís. c) o.s.ř., případně danosti dovolacího důvodu dle § 241a odst. 2 pís. b) o.s.ř. V rozhodnutí sp.zn. 26 Cdo 2682/2007 pak NS ČR uzavřel, že nemůže být přihlédnuto ani k okolnostem uplatněným dovolacími důvody podle § 241a odst. 3 o. s. ř. při posouzení, zda je dovolání přípustné podle ustanovení § 237 odst. 1 písm. c) o.s.ř.

²⁵ Rozhodnutí NS ČR sp.zn. 21 Cdo 4841/2007

²⁶ Rozhodnutí NS ČR sp.zn. 32 Odo 62/2004

IV. Závěr.

Interpretace i aplikace ust. § 3 odst. 1 o.z. má svá úskalí, spočívající nikoli v neurčitěm obsahu tohoto pojmu *de lege lata*, ale právě v nejednotnosti nazírání na obsah tohoto pojmu. Tato úskalí hmotněprávní povahy nejsou jediná. Procesněprávní úskalí spočívající v interpretaci a aplikaci tohoto ustanovení v rámci civilního soudního řízení, v řízeních neuvedených v ust. 120 odst. 2 o.s.ř. jsou neméně závažná.

V důsledku zákonné koncentrace řízení v řízení před soudem prvního stupně je výrazně omezena doba, po kterou mohou být uplatňovány nové skutečnosti a nové důkazy. Toto omezení váže nejen účastníky řízení, ale i soud. Z judikatury tak jak byla prezentována v průběhu tohoto textu se podává nejednoznační přístup k tomu, jak zásadní má být role soudu při zjišťování skutkových okolností rozhodných pro aplikaci ust. § 3 odst. 1 o.z. Zda uplatňování těchto skutečností musí vzejít v celé své šíři z iniciativy procesní strany, která se aplikace tohoto ustanovení dovolává, zda postačuje toliko počáteční impuls od této procesní strany a zbývající vyšetření je pak věcí procesního soudu, nebo zda nalézací soud má bez dalšího v každém prohlášení účastníka řízení, které se týká jeho sociální situace vidět implicitě skrytý impuls pro šetření okolností rozhodných pro aplikaci ust. § 3 odst. 1 o.z.

V rámci řízení neuvedených v ust. § 120 odst. 2 o.s.ř., a zde si nelze odpustit onu zkratku, tedy v řízení sporných, by měla cele odpovědnost za zjištění skutkového stavu ležet na stranách sporu, resp. na sporné straně, která se aplikace ust. § 3 odst. 1 o.z. ve sporu dovolává. Iniciativa ohledně uplatnění námítky rozporu výkonu práva s dobrými mravy ve skutkové rovině by měla jednoznačně vyjít od strany sporu. S touto procesní odpovědností procesní strany by pak měla korespondovat povinnost soudu dle § 118a odst. 1, 3 o.s.ř. V takovém případě pak je na místě limitovat možnost uplatnění skutečností rozhodných a důkazů k jejich prokázání koncentrací řízení v současné podobě.

Má-li však procesní soud být sám zodpovědný za vyšetření toho, zda je dán důvod pro aplikaci ust. § 3 odst. 1 o.z., pak je namístě změna stávající úpravy ust. § 118b odst. 1, 2 o.s.ř. tak, aby přibyla další výjimka ze zákonné koncentrace řízení pro provádění důkazů z iniciativy soudu dle § 120 odst. 3 o.s.ř. ve vztahu k zákonem taxativně vymezeným okolnostem; mezi nimi i okolnostmi rozhodnými dle § 3 odst. 1 o.z.

Zcela nevhodnou se jeví stávající procesněprávní úprava odvolacího řízení v části upravující možnost uplatňovat nové skutečnosti a důkazy v rámci odvolacího řízení – ust. § 205a odst. 1 o.s.ř. Současný stav, jak byl výše popsán, s možností dvojí interpretace týchž zákonných ustanovení významnou měrou narušuje právní jistotou a legitimní očekávání účastníků řízení ve vztahu k postupu soudu v rámci nalézacího řízení, které od svého zahájení do okamžiku pravomocného skončení tvoří jediný celek.

Posouzení, zda je namístě aplikovat ust. § 3 odst. 1 o.z. je otázkou právní. Nicméně natolik zásadní, že při takto neurčitěm vymezení toho, zda a za jakých podmínek lze v rámci odvolacího řízení uplatňovat nové skutečnosti a důkazy ve vztahu k prokázání existence rozporu výkonu práva s dobrými mravy, je právní jistota výrazně narušena. Jediná změna doposud zjištěného skutkového stavu, v důsledku jediné nově uplatněné skutečnosti, případně jediného důkazu, může zcela změnit výslednou právní úvahu o tom, zda právo je, či není vykonáváno v rozporu s dobrými mravy.

Řízení sporné je ovládáno mimo jiné zásadou dispoziční a projednací, což znamená, že jediné účastník řízení je ten, který soudu přednáší pro věc rozhodné skutečnosti a musí být zcela v jeho dispozici dovolat se rozporu práva vykonávaného proti němu v rámci řízení protistranou. Nikoli v rovině právní, samozřejmě v rovině skutkové. Prvotní iniciativa v tomto směru musí vycházet z vůle tohoto účastníka, nemůže mu být kýmkoli oktrojována. Důvody pro to, zda takovou námitku uplatní, či neuplatní totiž mohou mít různé pohnutky a ve svém důsledku může být aplikace ust. 3 odst. 1 o.z. ve prospěch účastníka řízení v rámci jednoho sporu, v jeho neprospěch v rámci jeho právních jednání, či soudních řízení dalších. Proto by neměl být účastník řízení postup dle § 3 odst. 1 o.z. žádným způsobem oktrojován. Jistou paralelu lze shledat s uplatňováním námítky promlčení v rámci civilního soudního řízení.

Tato úvaha by rovněž neměla vzbudit jakoukoli obavu z toho, že v rámci civilního soudního řízení budou vykonávány smlouvy rozporné s dobrými mravy. Aplikace ust. § 3 odst. 1 o.z. totiž předpokládá v případě závazkového právního vztahu existenci platné smlouvy (a to i z pohledu ust. § 39 o.z.), z níž je plnění u soudu vymáháno. V případě absolutních práv pak jednoznačnou odpověď dávají v textu citovaná rozhodnutí Ústavního soudu ČR.

V. Seznam literatury.

Fiala, J., Kindl, M. a kol.: Občanské právo hmotné, 2. vyd., Plzeň, A.Čeněk, 650 stran, ISBN: 978-80-7380-228-8

Hurdík, J.: Zásady soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita 1998, 168 stran, ISBN: 80-210-2001-6.

Hurdík, J., Lavický, P.: Systém zásad soukromého práva, Brno, Masarykova univerzita, 2010, 198 stran, ISBN: 978-80-210-5063-1

Knapp, V: Teorie práva, Praha, C.H.Beck, 1995, 247 stran, ISBN: 80-7179-028-1

Kubeš, V: Smlouvy proti dobrým mravům, Brno-Praha: Orbis, 1933, 316 stran

rozhodnutí NS ČR sp.zn.: 21 Cdo 486/2002, 28 Cdo 4386/2008, 3 Cdon 69/96, 33 Odo 333/2005, 30 Cdo 664/2002, 25 Cdo 200/2008, 26 Cdo 1743/2007, 28 Cdo 4092/2008, 22 Cdo 432/2002, 22 Cdo 1567/2004, 29 Odo 756/2005, 28 Cdo 693/2006, 26 Cdo 2858/20002, 28 Cdo 5344/2007, 22 Cdo 1917/2004, 22 Cdo 2335/2006, 28 Cdo 2700/2007, 2 Cdon 473/96, 26 Cdo 2909/2010, 21 Cdo 633/2002, 29 Odo 1538/2006, 28 Cdo 3007/2009, 21 Cdo 2604/2009, 21 Cdo 4841/2007, 32 Odo 62/2004, 28 Cdo 2160/2007, 33 Odo 1320/2005, 26 Cdo 2682/2007, dostupna v databázi www.nsoud.cz

rozhodnutí ÚS ČR sp.zn.: II. ÚS 190/94, II.ÚS 249/97, I. ÚS 528/99, III. ÚS 649/05, I. ÚS 601/02, dostupna v databázi <http://nalus.usoud.cz>

rozhodnutí KS Brno sp.zn. 15Co 137/1993

Konatakt:

ingird.kovarovakochova@osoud.olc.justice.cz

GOOD MANNERS VS. FREEDOM OF CONTRACT IN THE AREA OF INFERTILITY TREATMENT

JANA LOJKOVÁ

Faculty of Law/Masaryk University, Brno

Abstract in original language

Jedním z nejsmutnějších důsledků dnešního životního stylu, který trápí mladé lidi na celém světě, jsou problémy s plodností. Vývoj metod asistované reprodukce na druhou stranu naštěstí poskytuje šanci stále většímu počtu párů. Společně se změnou tradičních rodinných modelů, které se ve společnosti vyskytují, je proto léčba neplodnosti nárokována i v případech, v kterých by to ještě před několika lety nebylo představitelné. Právní řády na okolnosti jejich žádostí často ještě nestačily zareagovat, jediným a naprosto zásadním korektivem, s kterým tak smluvní základ vztahu musí být poměřován, je soulad s dobrými mravy.

Key words in original language

dobré mravy, smluvní volnost, léčba neplodnosti, náhradní mateřství, ochrana embryí, selekce embryí

Abstract

One of the most unpleasant consequences of present day life style that trouble people all around the world are difficulties in ability to get pregnant and have a health pregnancy. Fortunately, advances in fertility treatment hold up hopes to more and more couples. Together with changing trends in modern society, fertility treatment is requested in situations that would not be imaginable even few years ago. Legal orders do not provide concrete regulation of those situations very often. The most important thing that must be considered there is a conformity of a contract basis of the whole relationship with good manners.

Key words

good manners, fertility treatment, freedom of contract, surrogacy, protection of embryos, embryo selection

1. Úvod

Oblast léčby neplodnosti je především problematikou medicínskou, do které právo zasahuje velice kuse. Na první pohled nemá s dobrými mravy, resp. rozporem s dobrými mravy příliš společného. Cílem je zde

pomoc lékařů páru, který by bez jejich asistence navždy zůstal bez možnosti porodit a vychovávat biologicky vlastní dítě. Lékaři jsou dnes schopni řadu překážek bez větších obtíží odstranit, splnit a úspěšně realizovat přání pacientů, rozpor s dobrými mravy či dobrou vírou tak zde opravdu zdánlivě nemá místo.

Několik judikátů z oblasti léčby neplodnosti však odkaz na rozpor s dobrými mravy, morálkou nebo hodnotami společnosti obsahuje. Stejně tak odůvodnění rozhodnutí v kauzách stojících na problematické právní vymahatelnosti smluv o náhradním mateřství řeší, jestli lze ve sporech vzniklých na základě smluv, jejichž základem je právě vyřešení problému neplodnosti páru, žádat plnění a argumentovat ochranou dobré vůle smluvní strany tam, kde se to dobrým mravům přičí. V tom smyslu, že pár na soudu žádá vydání dítěte po ženě, která je zákonem definována jako jeho matka. Zavázala se k tomu smluvně a smlouvy se přece mají plnit. Má zde větší význam ochrana dobré víry smluvní strany nebo určité hodnoty, na kterých je nutné trvat, a které nás vedou opačným směrem, tedy cestou zásadní právní nevymahatelnosti plnění nárokovaných na základě smlouvy o náhradním mateřství?

Hledání odpovědí na tyto otázky bude předmětem analýzy v následujícím textu.

2. Právo stát se rodičem dítěte bez, resp. proti souhlasu partnera

Zmíněná bezrozpornost je přece jen narušena případy, kdy o souladu s dobrými mravy lze přinejmenším diskutovat. Jedním z nejsmutnějších důsledků současného životního stylu je neustálý nárůst počtu párů, které bez asistované reprodukce nemohou na svět přivést vlastní dítě. Tím, jak dochází ke změně tradičních rodinných modelů, dochází k nárokování

asistence lékařů ve snaze po porození dítěte v případech, kdy skutečným důvodem nemusí být samotná neplodnost, ale absence partnera, který by poskytl druhou nezbytnou část genetické výbavy. V rámci evropských zemí je možné najít právní úpravy, které léčbu „neplodnosti“ umožňují ženám bez partnera nebo homosexuálním párům. V kauze Diane Bloodové přitom bylo potvrzeno, že tím, že je v rámci zemí evropské unie uplatňován volný pohyb osob a služeb, přičemž zdravotnictví a tedy i asistovaná reprodukce je nutné považovat za jejich součást, léčbu v zemích s liberálnější právní úpravou mohou nárokovat i občané jiných států.

Manžel paní Bloodová se stal v roce 1997 obětí vážné dopravní nehody. Personál nemocnice, v které byl hospitalizován, informoval jeho ženu o možnosti odebrat pacientovi sperma a uskladnit ho pro pozdější účely. Pan Blood se bohužel nikdy z komatu, v kterém se nacházel, neprobudil, k využití svých spermií pro oplodnění manželky proto nemohl vyslovit souhlas. Na základě britské právní úpravy je dohledem nad souladem využívání gamet a embryí v asistované reprodukci a výzkumu s právem pověřena Human Fertilisation and Embryology Authority. Na ni se také obrátila nemocnice s žádostí o vyslovení závěru, zda lze oplodnění paní Bloodové realizovat. Dostalo se jí zamítavého stanoviska.

Soud prvního stupně rozhodl v tom smyslu, že zákon pro asistovanou reprodukci jasně stanoví pravidla, která jsou v souladu s britským veřejným pořádkem a etickými hodnotami společnosti, což jsou okolnosti, jejichž regulace je ponechána jednotlivým státům. Z toho důvodu je možné žádost paní Bloodové odmítnout a genetický materiál mrtvého muže nevydat.

Paní Bloodová nicméně na aplikaci práva evropské unie trvala a za její stanovisko se postavil i soud odvolací. Nařídil vydání licence, na jejímž výlučném základě je možné celý proces realizovat. Export zdrojů, které jsou pro léčbu vyžadovány, tak byl povolen a díky asistenci belgické kliniky se skutečně paní Bloodové děti jejího mrtvého manžela narodily.

2.1. Evansová proti Spojenému království

Souhlas partnera absentoval i v případě, který posuzoval Evropský soud pro lidská práva (dále jen Soud), byť v tomto případě měla celá kauza poněkud jiný skutkový základ. Natallie Evansová se v roce 2000 začala se svým partnerem léčit na klinice v Bathu. Na jejich vaječnících byly bohužel vzápětí zjištěny rakovinotvorné nádory, lékaři proto jednoznačně doporučili jejich chirurgické odstranění. Naštěstí pro pacientku se nádor zvětšoval relativně pomalu, zbýval proto čas na to odebrat několik vajíček pro následné jejich in vitro oplodnění. Díky léčbě spojené s rakovinotvorným onemocněním, resp. následné rekonvalescenci, mělo uskladnění vajíček trvat několik let.

Díky výrazně nižší úspěšnosti klinika neprováděla léčbu spojenou s oplodněním vajíčka spermií partnera a teprve následné zamrazení již vytvořeného embrya. Před započítím léčby bylo nutné podepsat informovaný souhlas, jehož součástí bylo i poučení o tom, že souhlasné stanovisko mohou obě strany kdykoli v průběhu léčby vzít zpět, nejpozději však před tím, než budou embrya implantována od dělohy pacientky. Partner však paní Evansovou okamžitě ujistil, že se otcem jejího dítěte chce stát a že tedy jiný způsob léčby, resp. jinou kliniku nemusí hledat, protože se spolu nikdy nerozejdou.

Paní Evansové bylo odebráno 11 vajíček, u 6 z nich bylo oplodnění úspěšné. Přes veškerá očekávání a sliby se oba partneři rozešli s tím, že on požadoval nejen nepokračování v léčbě, ale i zničení všech embryí, což klinice díky právní úpravě obsažené v 1990 Human Fertilisation and Embryology Act založilo povinnost jeho žádosti vyhovět.

Zpětvzetí souhlasu partnerem paní Evansové, resp. ustanovení zákona, které to umožňuje, dle názoru stěžovatelky založilo rozpor s čl. 8¹, 12² a 14³ Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen Úmluva). Namítala dále porušení práva na život⁴ náležejícího nenarozenému dítěti. Soud prvního stupně její žádost zamítl s tím, že pravidla stanovená právní úpravou musí umožňovat zpětvzetí souhlasu

¹ Čl. 8

Právo na respektování rodinného a soukromého života

1. Každý má právo na respektování svého soukromého a rodinného života, obydlí a korespondence.

2. Státní orgán nemůže do výkonu tohoto práva zasahovat kromě případů, kdy je to v souladu se zákonem a nezbytné v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, hospodářského blahobytu země, předcházení nepokojům a zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných.

² Čl. 12

Právo uzavřít manželství

Muži a ženy, způsobilí věkem k uzavření manželství, mají právo uzavřít manželství a založit rodinu v souladu s vnitrostátními zákony, které upravují výkon tohoto práva.

³ Čl. 14

Zákaz diskriminace

Užívání práv a svobod přiznaných touto Úmluvou musí být zajištěno bez diskriminace založené na jakémkoli důvodu, jako je pohlaví, rasa, barva pleti, jazyk, náboženství, politické nebo jiné smýšlení, národnostní nebo sociální původ, příslušnost k národnostní menšině, majetek, rod nebo jiné postavení.

⁴ právo na život upravuje čl. 2 Úmluvy takto:

Právo na život

1. Právo každého na život je chráněno zákonem. Nikdo nesmí být úmyslně zbaven života kromě výkonu soudem uloženého trestu následujícího po uznání viny za spáchání trestného činu, pro který zákon ukládá tento trest.

2. Zbavení života se nebude považovat za způsobené v rozporu s tímto článkem, jestliže bude vyplývat z použití síly, které není víc než zcela nezbytné, při:
a) obraně každé osoby proti nezákonnému násilí;
b) provádění zákonného zatčení nebo zabránění útěku osoby zákonně zadržené;
c) zákonně uskutečněné akci za účelem potlačení nepokojů nebo vzpoury

parterem a že stejná práva musí být zaručena oběma stranám, kdy tak, jak ženu nemůže nikdo proti její vůli nutit pokračovat v těhotenství nebo ji k otěhotnění přimět, stejnou možnost musí mít i muž. Obdobně se vyjádřil i odvolací soud, který vyslovil závěr, že partner paní Evansové vyslovil souhlas k tomu, že s ní podstoupí léčbu, nikoli však k tomu, aby s embryi dále nakládala bez ohledu na jeho názor a že pokud takovou možnost neuzná zákonodárce, nikdo nemá právo jednat proti vůli genetického rodiče.

Rozhodnutí Soudu předcházela důkladná analýza britské právní úpravy i její komparace s právními úpravami jiných evropských zemí a podnětů, které přinesla rozhodnutí několika amerických a izraelského soudu v obdobných kauzách. Již zmiňovaný britský 1990 Human Fertilisation and Embryology Act obsahuje ustanovení týkající se formy souhlasu k nakládání s gametami a embryi. Souhlas musí mít písemnou formu, přičemž jím je zároveň možné upravit situaci, kdy se pacient v důsledku úmrtí nebo ztráty způsobilosti k právním úkonům nebude nadále schopen k jednotlivým fázím léčby vyjádřit. Zákon zároveň výslovně každému přiznává možnost vzít svůj souhlas zpět, a to do té chvíle, kdy budou embrya přenesena do těla ženy nebo použita pro výzkumné účely.

Z komparativní části rozhodnutí vyplynulo velice zajímavé srovnání, jehož závěrem bylo zjištění, že národní právní úpravy se v mnohém liší. Například v Maďarsku je možné, aby v případě, kdy neexistuje výslovná dohoda mezi partnery, s embryi nakládala žena, a to i tehdy, pokud její partner zemře nebo se spolu rozvedou. V Rakousku a Estonsku může muž vzít svůj souhlas zpět pouze do momentu, kdy je vajíčko oplodněno spermií, poté je opět na úvaze ženy, jak s takto vytvořeným embryem nakládat, přičemž v Německu a Itálii po oplodnění vajíčka možnost odeprít souhlas nemá už ani žena. Ve Španělsku je změna vůle partnera relevantní pouze pokud byli oddáni. Island přijal právní úpravu, která výslovně stanoví povinnost zničit embrya v případě, že se pár rozejde nebo rozvede.

Otázka porušení práva na život embrya, byla vyřešena s odkazem na fakt, že právní úprava ochrany nenarozeného života je úlohou národních legislativ, mezi kterými, dokonce i v rámci evropského kontextu, zatím nebylo dosaženo konsensu. Základní tezí, která je však evropským úpravám v mnohém společná, je skutečnost, že embryo nemůže samostatně uplatňovat žádná práva nebo zájmy, právo na život, garantované čl. 2, vůči němu proto aplikovat nelze⁵.

Soud tak řešil otázku, zda lze v souvislosti s čl. 8 Úmluvy uvažovat o pozitivním závazku státu zajistit, aby žena mohla v léčbě směřující k porození geneticky příbuzného dítěte, žádat implantaci embrya bez ohledu na zpětvzetí souhlasu jejího partnera, dárce genetického materiálu. Argumentace stěžovatelky stála na tom, že nepřipuštění žádné výjimky z obecné právní úpravy přístupu k asistované reprodukci, není dle jejího názoru ani vhodné ani nezbytné. Tím, že má v procesu léčby neplodnosti každá žena fyzicky i emocionálně mnohem náročnější pozici, není správné veškeré úsilí, které do celého procesu investuje, zhatit jediným právním úkonem jejího partnera. Tím spíše v případech, jako je právě ten stěžovatelčin, kdy neexistuje jiná alternativa. Každý, kdo společně s někým dalším asistovanou léčbu neplodnosti započne, měl by být činěn odpovědným za své dřívější jednání a úmysly.

Právo na ochranu soukromého a rodinného života nebylo posuzováno v kontextu zásahu státu, který neumožnil pacientce pokračovat v léčbě, ale v kontextu správného vyvážení zájmů veřejných, tedy státu a zájmů konkrétního jedince. Soud konstatoval, že současné technické

⁵ tento závěr byl mimo jiné potvrzen i rozhodnutí Vo proti Francii, které se ochrany nenarozeného života bezprostředně týkalo. Oba judikáty rozdělují fakt, že existuje rozdíl mezi přirozeným početím v průběhu sexuálního styku a oplodněním in vitro. Zatímco v prvním případě je proces zplození dítěte nezvratný, v tom druhém je významná časová prodleva, proces je tím pádem i více zranitelný vůči možnému zneužití. Zatímco v prvním případě je již embryo součástí lidského pokolení, v druhém nic víc než genetický materiál, v důsledku pokroku vědy a genetického inženýrství je však nutné bránit jeho možnému zneužití i zde.

možnosti uchovávání zmrazených vajíček, spermií, ale i již vytvořených embryí, vytváří stále větší prostor mezi oplodněním v průběhu sexuálního styku a umělého oplodnění, které umožňuje dlouhé časové prodlevy mezi jednotlivými jeho fázemi, čímž lze nejen ospravedlnit, ale dokonce i doporučit legislativní úpravu situací, které v průběhu plynutí času mohou nastat.

V závěru pak Soud stěžovatelku ujistil, že jakkoli chápe její pohnutky, výsledek řízení musí být stejný, jako tomu bylo u britských soudů. Právo stěžovatelky na respektování jejího rozhodnutí stát se rodičem nemůže převážit právo jejího bývalého partnera na to nemít s ní vlastní dítě. Soud uznal, že je možné, aby každý stát upravil tento problém odlišně, předmětem jeho posuzování v této kauze nicméně byla skutečnost, jestli britská právní úprava překročila rámec, který jí stanoví čl. 8 Úmluvy. V poměru 13 soudců ku 4 bylo rozhodnuto, že k porušení čl. 8 nedošlo.

2.2. Izraelské soudy

K opačnému závěru dospěl izraelský Nejvyššího soudu v případě Nachmani v. Nachmani, který přitom použil přímo argumentaci morálkou a hodnotami společnosti. Skutkový stav zde byl velice podobný tomu v kauze Evansová proti Spojenému království. S tím rozdílem, že Nachmaniovi navíc byli nuceni využít služby náhradní matky, která pocházela z Kalifornie. Ruthi Nachmani bylo opět odebráno jedenáct vajíček, posledních, které bylo její tělo schopné vytvořit, lékaři je oplodnili a uskladnili pro budoucí využití. Pár se bohužel opět v mezičase rozešel, přičemž Ruthi požadovala vydání embryí, aby mohlo dojít k naplnění kontraktu s náhradní matkou, což její manžel odmítal. Soud prvního stupně její žádosti vyhověl s odvoláním na to, že analogicky oplodnění přirozenou cestou, i u umělého oplodnění po splnutí vajíček se spermií již nikdo

z dvojice nemůže svůj původní souhlas zpět a zabránit zplození dítěte, které bylo počato.

Pětičlenný senát Nejvyššího soudu se však postavil na stranu pana Nachmaniho. Tak, jak nikdo nemůže k rodičovství nutit ženu, stejně tak při užití metod asistované reprodukce není možné jakýkoli tlak vyvíjet na potenciálního otce, a že tedy do doby, kdy dojde k přemístění embryí do dělohy, je nutné trvat na souhlasném stanovisku obou stran. Jedenáctičlenný velký senát Nejvyššího soudu opět závěr přehodnotil a jak jsem zmiňovala, své rozhodnutí spíše než na zásadách závazkového práva postavil na principech „spravedlnosti, morálky a hodnoty života“, které v případě Ruthi, pro kterou zmražená embrya znamenala poslední šanci za geneticky příbuzného potomka, musí převážet nad újmou, které vynucené rodičovství může znamenat pro jejího bývalého manžela.

V judikatuře izraelských soudů lze najít i rozhodnutí, které se skutkovou podstatou podobá naopak případu paní Bloodové. Opět ale s opačným závěrem. Soud zde vyhověl žádosti manželů Rachel a Yaakova Cohenových, kterým palestinský voják zabil dvacetiletého syna, rovněž vykonávajícího vojenskou službu. Syn byl v kómatu převezen do nemocnice, kde rodiče požádali o odebrání spermatu, a protože syn neměl ani přítelkyni ani manželku, zveřejnili v tisku výzvu s cílem najít vhodnou ženu, která by se nechala oplodnit spermiemi jejich syna a porodila jim vnouče.

Bohužel pro ně byla vzápětí po zveřejnění výzvy vydána směrnice, která se na podobné situace vztahovala. Výslovně umožňovala oplodnění ženy spermií jejího mrtvého manžela, pokud prokáže, že si narození dítěte přál. Naopak však zakazovala, aby takovýto zákrok žádali rodiče zemřelého. Cohenovi spoléhali na to, že rozhodnutí izraelských soudů se v mnohém rozcházejí a těžko v nich vyzorovat jednotící tendenci.

Soudu předložili videonahrávku, na které se jejich syn vyjádřil, že by jednou rád měl rodinu. Rodiče tvrdili, že založení rodiny bylo největším přáním jejich syna. Jako svou povinnost proto cítili zajištění toho, aby přání syna naplnili. Soud zároveň ujistil, že svou budoucí roli omezí pouze na tu prarodičovskou. Soud po několika letech soudních sporů povolil, aby ze zhruba čtyřiceti přihlášených žen vybrali matku pro své vnouče.

3. Dobrá víra a dobré mravy ve smlouvách o náhradním mateřství

Na rozpor s dobrými mravy a naopak ochranu dobré víry smluvních stran se odkazuje v diskusích o problematice náhradního mateřství. To se od ostatních, řekněme tradičních, metod asistované reprodukce liší tím, že vedle lékaře vyžaduje asistenci osoby další – náhradní matky. Ta, vedená přitom nejrůznějšími pohnutkami a motivy, nabídne neplodnému páru, že donosí a porodí dítě, které s ní může (tzv. částečné náhradní mateřství, kdy je embryo vytvořeno z vajíčka náhradní matky, ať už za pomoci jiné metody asistované reprodukce nebo při pohlavním styku), ale nemusí být geneticky příbuzné (tzv. úplné náhradní mateřství) a v zápětí po porodu jej předá do péče objednatelského páru. Nejčastější kritiky přitom směřují do té oblasti, že nejčastější a nejsilnější pohnutkou je přitom právě vidina finanční odměny, která k „pronájmu vlastní dělohy“ přivádí především ženy z nižších společenských vrstev, přičemž Ukrajina a Indie se dnes stávají cílem tzv. reprodukční turistiky, kde existují centra, v kterých se náhradní matky shromažďují, dítě porodí a navždy se s ním rozloučí. Agentura, které plyne velká část zaplacené finanční odměny, vše zprostředkuje, předběžný i následný kontakt neplodného páru i náhradní matky je přitom spíše výjimečný.

V úvahu připadá obecně několik variant „financování“, tou nejvíce pochopitelnou je pouhé uhrazení výdajů, které náhradní matce v souvislosti

s těhotenstvím a porodem mohou vzniknout. Řada koncepcí, označujících náhradní mateřství za „pronájem dělohy“, ale pokrývá i tyto nejméně eticky sporná ustanovení. Více spornou je již situace, zohledňující vedle pouhých nákladů i zajištění jistého lepšího životního stylu, který si náhradní matka za finance může opatřit, kdy lze uvažovat o kvalitnější stravě, ošacení, nejrozličnějších zdravotních pomůckách, volnočasových aktivitách, nadstandardním medicínském servisu, apod. Jaké sankce ale nastavit, pokud náhradní matka nedodrží dohodnuté „instrukce“, nestravuje se zdravě, nedokáže se zbavit závislosti na cigaretách, příp. jiných návykových látkách?

Vedle úvah nad podobou finanční odměny náhradní matce tvoří stěžejní část diskusí vedených nad přijatelnou podobou smluv o náhradním mateřství jejich právní vymahatelnost. Pokud bychom smlouvám o náhradním mateřství přiznali platnost a právní vynutitelnost, napadnou nás nutně značně problematické konsekvence, které provází ostatní smluvní typy. Ty zde vzhledem k předmětu zvažované smlouvy a silnému morálnímu a etickému kontextu celého vztahu, získávají neobyčejný podtext.

Nejzávažnějším se jeví právě vynutitelnost smlouvy, tedy odebrání dítěte z péče náhradní matky, pokud si během těhotenství a porodu vytvoří k dítěti vztah a odmítá dostát svému závazku, tedy dítě vydat. Soudy logicky řeší právě tyto velice dramatické a citlivé příběhy, kdy lze chápat motivy a pohnutky obou stran. Objednatelský pár vložil do celého vztahu, vedle jistě nezanedbatelného množství finančních prostředků, obrovská očekávání. V průběhu těhotenství náhradní matky získal naději na vyřešení své nelehké situace a touhy po vlastním dítěti, přičemž veškerá očekávání a naděje jsou nyní ohroženy. Těhotenství ženy, na druhou stranu, je všeobecně bráno jako velký dar, splnění určitého poslání, ženám biologicky přirozeného. Vztah, který si v průběhu těhotenství matka s dítětem vytvoří, je kladen jako vzor lidské lásky a je tedy naprosto pochopitelné, že musí být

velice těžké se s dítětem vzápětí po porodu rozloučit. Dokonce jistě můžeme říci, že opačná situace, tedy předání dítěte bez větších emocí a výčitek, v pořádku není a mělo by být naprosto výjimečným.

Vedle toho se však nabízí i otázka, jak smluvně ošetřit případy, kdy jeden z neplodného páru zemře, druhý se s novou situací bude jen těžko vyrovnávat a dítě bere pouze jako smutnou vzpomínku na bývalého partnera, bez které je lepší se obejít? Co když zemře náhradní matka? Lze konstruovat odpovědnostní vztah neplodného páru, jehož požadavek mohl mít na úmrtí náhradní matky přímý vliv, protože její tělo těhotenství nezvládlo? To jsou jen některé z úvah, které nám ukazují, že zdaleka ne vše je tak jednoduché, jak by se na první pohled, resp. přečtení návrhů právní úpravy náhradního mateřství mohlo zdát.

Nejtypičtějším případem, na který při studiu materiálů k náhradnímu mateřství vždy narazíme a který řešil přesně tuto situaci, je tzv. Baby M case z amerického prostředí. Jakkoli se podobná situace může zdát výjimečnou, americké soudy v případě Malahoff vs. Stiver rozhodovaly, komu svědčí povinnost péče o dítě, které se narodilo s vrozenými vadami a ani jedna ze zainteresovaných stran neměla vůli se jej ujmout.

3.1. Baby M case

Mary Beth Whiteheadová, vdaná žena a matka dvou dětí tehdy souhlasila v roce 1986 s tím, že se nechá oplodnit spermií pana Sterna a vzápětí po porodu dítě předá do péče otce a jeho manželky, za což jí manželé Sternovi zaplatí 10.000 dolarů. Paní Whiteheadová se vedle toho zavázala nepodstoupit interrupci (s výjimkou zjištěných fyzických abnormalit nebo na přání pana Sterna po provedeném genetickém testování). Pan Whitehead jako manžel náhradní matky v kontraktu vyjádřil

svůj souhlas s celým procesem, prohlásil, že rozumí podstatě jejich závazku a zavázal se k převodu svých rodičovských práv. Paní Sternová smluvní stranou nebyla, hovořilo se o ní pouze jako o manželce pana Sterna a budoucí matce dítěte.

Holčička se narodila v březnu roku 1986. Paní Whiteheadová ji sice Sternovým předala, po několika dnech však manžele naprosto zoufalá navštívila a prosila, aby jí na pár dnů umožnili poslední rozloučení s dcerou, vyhrožovala přitom sebevraždou. Když Sternovi její žádosti vyhověli, odmítala samozřejmě holčičku vrátit, vyhrožovala navíc, že pokud se Sternovi obrátí na soud, uteče s ní. Manželé Sternovi si nicméně u soudu opatřili předběžné opatření, na základě kterého jim přechodně příslušelo právo o malou Melissu (odtud Baby M, paní Whiteheadová ji později pojmenovala Sara) pečovat. Paní Whiteheadové se však podařilo uprchnout na Floridu, kde jí policie dítě odebrala až na konci července 1986 během její hospitalizace v nemocnici.

V řízení u soudu prvního stupně namítal advokát Whiteheadových, že paní Sternová nebyla neplodná, že si jen snažila zachovat pozici v práci. Zdůraznil, že pokud budeme trvat na vynutitelnosti smlouvy, necháme tím jednu vrstvu Američanů zneužívat druhou. „A vždy to bude žena sanitáře, která bude nosit dítě pro pediatričku.“ V březnu 1987 však soud v New Jersey rozhodl, že smlouva byla platně uzavřena a jako platná zakládá smluvním stranám povinnosti, které je nutné plnit. S odkazem na nejlepší zájem dítěte soud povolil manželům Sternovým, aby Melissu adoptovali. Paní Whiteheadová proto musela přestat kojit, soud jí povolil pouze dvě hodinové návštěvy každý týden. Tento závěr většinu komentátorů překvapil⁶, málokdo čekal, že soudce na základě pouhého smluvního závazku odejme paní Whiteheadové veškerá její mateřská práva, pokud má na předání dítěte později jiný názor. Předmětem komentářů se stala úvaha

⁶ STEINBOCK, B. Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption. *Journal of Medical Ethics*. 1998, 24(6), s. 369.

nad tím, jestli slib daru života může být právně vynutitelný. Bylo navíc nanejvýš pravděpodobné, že kdyby Melissu Sternovým po porodu nikdy nepředala a situace nebyla vyhrocená výhružkami ohledně sebevraždy a únosů, závěr by byl přesně opačný.

Po roce však vydal své rozhodnutí i Nejvyšší soud New Jersey, který naopak judikoval, že: „smlouva o náhradním mateřství, kde se žena, která dítě porodí, nezrušitelně zaváže za úplatu vzdát svého dítěte, je neplatná a právně nevynutitelná.“ Soud přitom uvedl, že nelze souhlasit s tím, aby perfektně způsobilé matce bylo přikázáno vzdát se svého dítěte a aby byla trestána za to, že tak neučinila. Smlouva uzavřená v případě Baby M je tedy neplatná, žádná práva paní Whiteheadové vůči Melisse převedena nebyla, právně proto zůstává její matkou. V nejlepším zájmu dítěte nicméně je, aby zůstalo v péči Sternových, na které bylo v době vydání rozhodnutí zvyklé. Paní Whiteheadové však náleží právo stýkat se s ní, a sice dvakrát týdně v odpoledních hodinách, každý druhý víkend a 2 týdny o prázdninách.

V důsledku bylo v New Jersey zakázáno uzavírat další dohody mimo případy dobrovolných náhradních mateřství bez úplaty a se zachováním práva matky změnit svůj názor.

3.2. Malahoff v. Stiver

Rozhodnutím, které nám pomůže ilustrovat skutečnost, že nevynutitelnost smluv o náhradním mateřství platí i v opačném směru, tedy že nelze žádat po neplodném páru, aby narozené dítě do své péče skutečně přijal, je případ Malahoff v. Stiver. Judy Stiverová tehdy souhlasila s tím, že se za 8.500 dolarů nechá oplodnit spermií pana Malahoffa, donosí a porodí mu dítě, které bude tímto způsobem počato. On také bude jediným člověkem, který bude moci rozhodnout o ukončení těhotenství paní

Stiverové, objeví-li se jakékoli komplikace nebo bude ohrožen život dítěte. Z jejího těhotenství se narodil chlapeček Christopher, u kterého lékaři diagnostikovali poměrně vzácnou, avšak velice závažnou dědičnou infekci, která způsobuje řadu komplikací ve vývoji dítěte, včetně mentální retardace, poruch sluchu a nervosvalových potíží. Paní Stiverová ani její manžel Ray touto chorobou netrpěli, spermie pana Malahoffa testovány nebyly.

Pan Malahoff byl v době narození dítěte se svou ženou v rozvodovém řízení, o dítě se díky tomu nechtěl nadále starat. Jeho argumenty při odmítnutí převzetí dítěte stály na tom, že krevní testy prokázaly, že biologickým otcem dítěte není on, ale pan Stiver. Namítal, že úlohou advokátů obou stran při sjednávání kontraktu bylo zajištění veškerých potřebných zdravotních vyšetření a zajištění toho, že paní Stiverová neotěhotní spermií svého manžela.

Péči o Christophera odmítali i manželé Stiverovi, kteří se opět odvolávali na nedbalost advokátů i lékařů, kteří nezabezpečili, že k oplodnění dojde „správnou“ spermií. Tím, že spermie pana Malahoffa nebyly na dědičné choroby testovány, jediné z nich dle jejich názoru muselo dojít k přenesení infekce uvnitř těla paní Stiverové. Zajímavé je, že soud v této souvislosti rozhodl, že všechny osoby, které jsou zainteresovány na smlouvách o náhradních mateřství tím, že jim z nich plyne finanční zisk, mají povinnost činit vše tak, aby smluvním stranám nebyla způsobena újma.

Výslovně se v rozhodnutí uvádí, že „smlouvy o náhradním mateřství znamenají velké riziko ohrožení nebo ztráty, lze proto uzavřít, že veškeré programy, v jejichž rámci jsou smlouvy tohoto typu uzavírány, pokud se nemá jednat o rozpor s veřejným zájmem, znamenají afirmativní povinnost péče.“

S ohledem na právní nevynutitelnost smlouvy nemohl být pan Malahoff nucen k převzetí dítěte, péči o něj odmítly obě smluvní strany. O chlapce, jehož narození stálo tolik úsilí mnoha lidí, se tak v důsledku

musely starat státní orgány. Celý spor byl velice emotivní a ukázal nám, že námitky týkající se rozporu s lidskou důstojností a komodifikací dítěte jsou u smluv o náhradním mateřství více než opodstatněné.

4. Závěr

V příspěvku byly představeny případy, které se již staly předmětem řízení u soudů několika instancí a několika právních prostředí, byť autorem ani jednoho z nich nebyl soud český. Tím, jak se k nám přenáší řada trendů ze zahraničí, ať už hovoříme o trendech společenských nebo právních, lze samozřejmě předpokládat, že obdobné kauzy se brzo stanou předmětem soudního sporu i u nás. To ostatně vypovídá o tom, že ne vždy se jedná o trendy vítané a žádoucí.

Přenášení vzorů ze zahraničí naprosto zřejmě souvisí se změnou tradičních společenských a rodinných modelů, které nám nutně vytváří závěr, že soudy budou řešit kauzy ještě složitější a z dnešního pohledu možná i poněkud nečekané a nepředvídatelné. Oblast asistované reprodukce, stejně jako ostatní lékařské disciplíny, se neustále vyvíjí a nabízí šanci na úspěch stále většímu procentu pacientů. Problematika ochrany embryí, resp. nenarozeného života, by tím však neměla být odsouvána do pozadí. Před několika dny proběhla v tisku zpráva o tom, že brněnští lékaři dosáhli skvělých úspěchů v oblasti preimplantační genetické diagnostiky, kdy jsou schopni několika kamerami snímat vytvořená embrya po delší dobu, než tomu bylo dříve a vybírat tak ta „nejlepší“. Opět na první pohled skvělá práva, ale problematika komodifikace dětí jako „produktu“ celého procesu zde zůstává jako velký vykřičník.

Literature:

- Benshushan, A., Schenker, J.G.: Legitimizing surrogacy in Izrael. In Human Reproduction. vol. 12 no. 8, 1997, s. 1832 – 1834

- Haderka, J.: K některým problémům určení (a popření) mateřství. Bulletin advokacie, leden 1986, s. 14 - 27

- Králíčková, Z.: Evropský kontext vývoje rodinného práva po roce 2004. In Hurdík, J., Fiala, J., Selucká, M.: Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004: sborník z workshopu konaného na Právnické fakultě MU dne 26. 9. 2006. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 202 - 222

- Schwenzer, I.: Model Family Code. Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2006, 957 s., ISBN 9050955908

- Steinbock, B.: Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption. Journal of Medical Ethics. 1998, 24(6), s. 369.

Contact – email

jana.lojkova@centrum.cz

ZÁSADA "BONAE FIDEI" A INSTITUT NABYTÍ VĚCI OD NEVLASTNÍKA V PŘÍRUČCE PRÁVA MĚSTSKÉHO JANA Z GELNHAUSENU

LENKA MALÁROVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Cílem tohoto příspěvku je poukázat na uplatnění římskoprávní zásady „bonae fidei“ ve středověkém městském právu na ukázce Příručky práva městského Jana z Gelnhausenu. O významu dobré víry zde bude pojednáno v souvislosti s institutem nabytí věci od nevlastníka, který důsledkem středověké právní romanizace vykazuje četné shody s právní úpravou římského práva. Pozornost bude věnována nejen problematice nabývání vlastnického práva od nevlastníka, které bylo i přes dobrou víru nabyvatele značně ztíženo, ale také právním následkům s tím spojeným.

Key words in original language

Dobrá víra, vlastnické právo, držba, vydržení, Jan z Gelnhausenu, Příručka práva městského.

Abstract

The aim of this paper is to demonstrate application of the principle of good faith in the medieval municipal law in Handbook of municipal law by Jan from Gelnhausen. The meaning of good faith will be discussed here in connection with the institute of acquisition from non-owner, which is the result of a medieval penetration of Roman law. Attention is given not only to the issue of acquisition ownership right from non-owner, which was in spite of purchaser's good faith very difficult, but also to the legal consequences involved.

Key words

Good faith, ownership right, possession, usucaption, Jan from Gelnhausen, Handbook of municipal law.

Úvod

Příručka práva městského, známá též jako Manipulus vel directorium iuris civilis, je svod civilního práva určený pro potřeby městské právní praxe.¹ Vznikla v 80. letech 14. století jako reakce na absenci obecného souboru

¹ *Příručka práva městského* Jana z Gelnhausenu je v současnosti dostupná v dosud nejmodernější edici Miroslava Flodra. Viz Flodr, M. (ed). Jan z Gelnhausenu. Příručka práva městského (Manipulus vel directorium iuris civilis), Brno: Matice moravská, 2008, 402 s.

pravidel městského práva, který by byl použitelný také mimo dosah práva brněnského. Důležitým zdrojem inspirace pro sestavení díla se stala Právní kniha města Brna z poloviny 14. století, známá především pro svůj výrazně římskoprávní obsah.² Ačkoli je vliv brněnské právní knihy v Příručce zřetelný, nelze toto dílo považovat za její pouhý opis. Autor příručky, brněnský notář Jan z Gelnhausenu, obohatil původní text právní knihy o stovky citátů převzatých zejména z Digest a výrazně tak podpořil romanizaci středověkého městského práva. Výsledkem je značně inovované zpracování původní Právní knihy města Brna, které do zavedené tradice městského práva přineslo jasný a stručný text jednotlivých právních ustanovení opatřený o řadu právních definic a pravidel římského práva.³

Zakotvení zásady „bonae fidei“ v Příručce práva městského

Zásada dobré víry se ve středověkém právu zásadně opírala o její římskoprávní pojetí. Pro interpretaci středověkého chápání dobré víry se lze opřít o výklad postglosátora Balda de Ubaldis, který zásadu „bonae fidei“ označil za jedno z morálních pravidel života člověka. Dle Baldovy teorie v dobré víře jedná ten, kdo se neobohacuje na úkor jiného.⁴ Není nikterak pozoruhodné, že se tento princip dokázal velmi snáze uplatnit zejména v oblasti městského práva. Hospodářský charakter vrcholně středověkých měst a rozvoj trhu si přímo vyžadovaly zakotvení určitých zásad, které by posílily právní jistotu majetkových transakcí. Důraz kladený na čestné a poctivé jednání je v Příručce městského práva velmi zřetelný. Přítomnost dobré víry v mysli jednajícího sloužila jako jakási „polehčující okolnost“ při vyvozování právních důsledků z neoprávněných dispozic s cizím majetkem.

² Římskoprávnímu obsahu v *Právní knize města Brna* věnoval doposud nejvíce pozornosti Miroslav Boháček. Z jeho prací zaměřených na tuto problematiku je nutné zmínit zejména tyto studie: Boháček, M. Římské právní prvky v právní knize brněnského písaře Jana, *Práce ze semináře československého práva na KU v Praze (zvláštní otisk)*, Praha, 1924, 39 s.; Boháček, M. Ještě k římskoprávnímu obsahu brněnské právní knihy. In: *Sborník žáků profesora Kaprasa*, Praha, 1930, s. 34-49.

³ *Příručka práva městského* Jana z Gelnhausenu je v současné době stále neprobádána. Ačkoli obsahově vychází z *Právní knihy města Brna*, nelze se spokojit s odkazem na Boháčkovu římskoprávní analýzu brněnské právní knihy. *Příručka práva městského* totiž obsahuje téměř pozoruhodné množství článků, které Gelnhausen převzal z Digest. Dílo Jana z Gelnhausenu tak lze označit za významný pramen středověkého městského práva, který je dokladem rostoucího zájmu o římskoprávní prameny a nauku římského práva. Nutno však podotknout, že právě *Právní kniha města Brna* položila základy středověké romanizaci městského práva v našem prostředí a stala se základním kamenem pro další rozvoj městského práva v římskoprávním duchu.

⁴ Zimmermann, R – Whittaker, S. *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 101.

Dobrá víra a zásada ochrany vlastnictví

Zásada dobré víry je především mravní kategorií. Přestože má tato skutečnost v právu jakousi relevanci, nebylo možné se na jednání v dobré víře odvolávat v každé situaci. Tento princip se totiž dostával do kolize se zásadou ochrany vlastnického práva. V soukromoprávní úpravě středověkého městského práva se po vzoru práva římského uplatnila základní zásada, podle níž nikdo nemohl převést na druhého víc práv, než sám má. V Příručce se jedná o čl. 1114 (*De regulis iuris*): *Nemo plus iuris ad alterum transferre potest, quam ipse habet.*⁵ Význam tohoto tvrzení spočíval v zásadě, že nelze nabýt vlastnictví k určité věci od nevlastníka (*a non vero domino*). Důmyslná právní úprava nabývání věcných práv v době Gelnhausenu působení již prakticky bez obtíží rozlišovala institut držby (*possessio*) a vlastnictví (*proprietas*).⁶ V případě, že někdo získal věc od nepravého vlastníka, bylo na něj pohlíženo pouze jako na držitele věci (*possessor*), nikoli jako na osobu již přísluší vlastnické právo (*ius proprium*).

Uplatňování těchto zásad v právní praxi středověkých měst reagovalo na situaci, kdy z titulu smlouvy tržové (*emptio-venditio*) mnohdy docházelo k neoprávněným převodům majetku. Úkolem městského sudího pak bylo rozhodnout případný soudní spor tak, aby byla poskytnuta dostatečná ochrana nejen skutečnému vlastníku věci, který o neoprávněném zcizení své věci nevěděl, ale také nabyvateli, který věc následkem omylu od nevlastníka získal. Kompilátor Příručky práva městského pamatoval na situaci, kdy je třeba chránit kupujícího, který nabyl věc v přesvědčení, že prodávající je k jejímu zcizení oprávněn. Dle článku 941 (*De verborum significatione*) je za kupujícího v dobré víře považován ten, kdo nevěděl, že věc, která je předmětem prodeje, patří někomu jinému, než tomu, kdo věc prodává. V dobré víře jedná také ten, kdo kupuje věc od osoby, o níž je přesvědčen, že má právo prodeje a je ke zcizení věci oprávněna z titulu poručníka (*tutor*) či oprávněného správce cizího majetku (*procurator*): „*Bona fidei emptor esse videtur, qui aut ignoravit eam rem alienam esse, aut eum, qui vendidit, putavit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.*”⁷ Kupující se však s ohledem na zásadu ochrany vlastnictví ani přes svou dobrou víru nemohl stát vlastníkem věci a věc nabyt jako pouhý držitel.

⁵ Flodr, M. (ed). Jan z Gelnhausenu. Příručka práva městského, s. 172. Tato právní zásada byla převzata z Digest, srov. Dig. 50, 17, 54.

⁶ Flodr, M. Brněnské městské právo: zakladatelské období (- 1359), Brno: Matice moravská, 2001, s. 237.

⁷ Flodr, M. (ed). Jan z Gelnhausenu. Příručka práva městského, s. 152. Text doslovně převzat z Digest, srov. Dig. 50, 16, 109.

Nabytí vlastnického práva od osoby, jíž nenáleží vlastnické právo k věci, a která není ke zcizení ani jinak oprávněna, však nelze úplně vyloučit, protože za splnění určitých podmínek byla připuštěna možnost nabytí vlastnického práva na základě pověření soudního nebo jiného orgánu veřejné moci. Jednalo se o situaci, kdy určitá osoba za souhlasu úředníka koupila věc, která byla předmětem odkazu. Na tuto majetkovou transakci pak bylo pohlíženo jako na učiněnou v dobré víře a nabyvatel se stal vlastníkem věci, a to i tehdy, pokud o odkazu věděl. Kupní smlouva byla považována za platnou a uzavřenou v dobré víře rovněž tehdy, pokud byl nabyvatel věci podveden a věc koupil od falešného poručníka, který byl ustanoven soudcem. Čl. 1197: "Sicut si auctore pretore emi rem legatam, que venditur causa funeris, bona fide videor emere et efficior dominus, eciam si sciam legatam. Item si deceptus emi a falso tutore auctoritate iudicis, bona fide videor emisse et valet contractus."⁸ Druhou výjimkou ze zásady ochrany vlastnického práva byla možnost přechodu vlastnického práva vydržením (praescriptio). O podmínkách vydržení bude samostatně pojednáno v následující stati tohoto příspěvku.

Držba, její právní následky a institut vydržení

Gelnhäusen rozlišuje držbu v dobré víře (possessio bonae fidei) od držby ve zlé víře (possessio malae fidei). Tato římskoprávní diferenciacie měla velmi praktický význam při vyvozování právních následků plynoucích z toho či onoho druhu držby. Za účelem přesnějšího vymezení držby v dobré víře lze v Příručce práva městského nalézt jen několik kusých informací. Za držitele v dobré víře, byl obecně považován ten, kdo věc, jež byla předmětem držby, získal z poctivého jednání. Z římskoprávních pramenů převzal Gelnhäusen pravidlo, že držitelem v dobré víře je také ten, kdo věc nabytí rozhodnutím soudu (čl. 1197): „Qui auctore iudice comparavit, bone fidei possessor est.“⁹ Ačkoli v případě nabytí věci od nevlastníka nedocházelo k převodu vlastnického práva a nabyvatel věci se stal pouze jejím držitelem, význam dobré víry spočíval zejména v tom, že držiteli v dobré víře náleželo díky jeho poctivému jednání poměrně příznivé hmotně-právní i procesně-právní postavení. Z procesně právních následků držby v dobré víře lze zmínit zejména viditelně oslabené žalobní právo pravého vlastníka na vydání plodů. Mnohem zajímavější dopad však měla přítomnost dobré víry v jednání držitele pro případ uplatnění institutu vydržení (praescriptio). Dobrá víra byla totiž považována za jednu z podmínek, jejichž splnění mohlo vést k nabytí vlastnického práva od nevlastníka vydržením. Ve prospěch zásady dobré víry tak byla prolomena zásada ochrany práva vlastnického a z ní plynoucí pravidlo, že nikdo nemůže na druhého převést

⁸ Flodr, M. (ed). Jan z Gelnhausenu. Příručka práva městského, s. 181.

⁹ Tamtéž. Tato právní zásada byla doslovně převzata z Digest, srov. Dig. 50, 17, 137.

víc práv, než sám má. Za předpokladu, že držitel v dobré víře splnil další předepsané náležitosti vydržení, jako byla způsobilost věci stát se jeho předmětem, nepřerušeně vykonávaná držba věci po určitou dobu (*longum tempus*) a právem dovolený titul nabytí držby.¹⁰

Vydržení bylo považováno pouze za právní následek držby v dobré víře. Dle čl. 508 (*De possessore male fidei*) v případě držitele ve zlé víře nemohlo k vydržení nemovitosti nikdy dojít, a to ani tehdy, pokud byla splněna podmínka dlouhodobosti držby: „*Possessor enim male fidei nullo tempore prescribit, de perceptis etiam tempore violencie heredi satisfaciet ipso iure.*“ Procesním postihem držitele, který věc nabytí násilným přivlastněním (*violentus possessor, violentus occupator*), byla možnost vlastníka tohoto pozemku vznášet každý rok za trvání násilné držby proti držiteli ve zlé víře námitky u soudu: „*Debet tamen ipse heres violentam possessionem occupantis, quamdiu duraverit, annis singulis sub protestacione sollempni coram iudicio publicare.*“ (čl. 508, věta druhá).¹¹ Dle čl. 514 (*De appropriatione hereditatum*) drží ve zlé víře také ten, kdo si bez souhlasu přivlastnil cesty, ulice, stezky, těžiště písku a jílu, kamenolom a jiné pozemky, jež jsou považovány za věci veřejné. Pozemky tohoto charakteru nebylo možno vydržet ani za předpokladu jejich dlouhodobé držby: „*Vias iustas et antiquitus usitatas, stratas regias, semitas, plateas, intersticia domorum pro aquarum defluxu facta, planicies et territoria, lapidum fracciones, arenarum et argillarum fossiones et quevis alia terre spacia, quantum ad villana campestria vel silvana, si universitatis sunt rei publice ac utilitati communi ab antiquo deservire consueverunt, nemo, nisi de consensu principis hoc faciat appropriare sibi potest. Une talia obstruens, occupans, prohibens, impediens vel qualitercumque sibi usurpans et asscribens nulla, licet etiam temporis longissimi prescripcione, poterit se tueri, cum semper malefide rem possideat alienam.*“¹² Ve vztahu k čl. 514 vyplýval z následujícího ustanovení čl. 515 (*De infideli possessore*) pro držitele ve zlé víře speciální procesně-právní postih. Aktivní legitimace k podání žaloby totiž náležela jak obci, tak jednotlivých soukromým osobám: „*Infidelis etiam possessor et male fide non solum a communi, ymo privata persona communitatis, cui de hoc constiterit, poteri accusari.*“¹³

Nehledě na institut vydržení byl za držitele ve zlé víře také považován ten, kdo získal věc násilím nebo tajně, a rovněž ten, kdo požádal jiného, aby mu k neoprávněnému získání cizí věci dopomohl. Čl. 530 (*Quis male possideat*

¹⁰ V *Příručce práva městského* se právní úpravě držby a vydržení nemovitosti věnují čl. 484-564, viz. Flodr, M. (ed). Jan z Gelnhausenu. *Příručka práva městského*, s. 72-83.

¹¹ Flodr, M. (ed). Jan z Gelnhausenu. *Příručka práva městského*, s. 75.

¹² Flodr, M. (ed). Jan z Gelnhausenu. *Příručka práva městského*, s. 76.

¹³ Tamtéž.

hereditatem): „Male autem possidet, qui vi vel clam possessionem subripuit, et ille etiam, qui rogavit aliquem, quod eum in possessionem rei mitteret...”¹⁴ Proti takovému jednání pak bylo možno zakročit prostřednictvím žaloby k obnově, resp. navrácení držby, viz druhá věta téhož článku: „...et contra illum agitur causa possessionis recuperande“.¹⁴

Právní režim plodů a užitků z věci hlavní

S problematikou nabytí věci od nevlastníka úzce souvisí také otázka právního režimu plodů a užitků, jež vzešly z obhospodařování věci hlavní. Obecná úprava nabývání věcných práv k plodům je zakotvena v čl. 1196 (De regulis iuris). V případě, že držitel v dobré víře drží cizí pozemek, náleží mu věcné právo k plodům, které byly na tomto pozemku vyprodukovány.¹⁵ Podmínkou ovšem je, že se jedná o plody již oddělené (sesbírané): „Bona fides tantundem possidenti prestat, quantum veritas, quociens lex impedimento non est. Unde si fundum alienum bona fide possideo, fructus etiam ex alieno semine a me perceptos meos facio propter bonam fidem, ac si in veritate essem dominus, nisi lex resistat utque essent naturales.“¹⁶ Význam první věty tohoto pravidla lze přiklonit k myšlence, že jednání učiněné v dobré víře, které v tomto případě představuje držba, se může rovnat skutečnému stavu, který zde představuje vlastnictví k věci, pokud ovšem zákon nestanoví něco jiného.

Čl. 392 (De emptionibus a non vero domino) je speciálním ustanovením ve vztahu k článku 1196. Za rozhodující byla považována skutečnost, zda byla věc získána v dobré víře. K nabytí věci mohlo dojít buďto z titulu smlouvy tržové nebo z podobného právem uznaného důvodu (ex iusta causa), v úvahu přicházelo také darování. Pokud nabyvatel důvodně předpokládal (in bona fide), že vlastnické právo náleží zciziteli, je oprávněn si ponechat plody a užitky z věci, kterou od domnělého vlastníka nabyl. Muselo se ovšem jednat o plody sesbírané, jinak platilo, že jsou nadále součástí věci hlavní. Právní úprava nároku na plody a užitky měla význam především v situaci, kdy se objevil pravý vlastník věci. Ten pak po nabyvateli, který věc získal v dobré víře, nemohl požadovat vydání plodů již spotřebovaných.

¹⁴ Flodr, M. (ed). Jan z Gelnhausenu. Příručka práva městského, s. 78.

¹⁵ Zřejmě se bude jednat o vlastnické právo k plodům a nikoliv pouhou držbu, protože ve spojení s čl. 392 z textu vyplývá, že v případě držby v dobré víře je držitel oprávněn si ponechat jednak ty plody, které použije na náhradu nákladů vynaložených na péči o věc hlavní a dále také plody, které již nějakým způsobem spotřeboval, tj. nemusí je pravému vlastníku věci vracet případně je nahrazovat jinou věcí.

¹⁶ Flodr, M. (ed). Jan z Gelnhausenu. Příručka práva městského, s. 181. První věta byla doslovně převzata z Digest, srov. Dig. 50, 17, 136.

Jiná situace nastala, pokud nabyvatel věděl, že drží věc, která zciziteli nepatří. V takovém případě mohl vlastník věci po nabyvateli žádat veškeré užítky, které na věci získal a to i tehdy, pokud byly z části nebo úplně zkonsumované (spotřebované): „Qui bona fide a non vero domino, quem dominum esse credebat, fundum emerit vel aliquit aliud ex iusta causa vel donacione bona fide acceperit, placuit naturali ratione fructus, quos perceperit, eius esse pro cultura et cura. Et ideo, si postea dominus supervenerit et fundum vendicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero, qui sciens fundum alienum possederit, non idem concenssum est; eciam itaque fructus cum fundo, licet consumpti sint, cogitur restituere.“¹⁷

Závěr

Uplatnění římskoprávní zásady „bonae fidei“ v Příručce práva městského Jana z Gelnhausenu je důsledkem středověké právní romanizace, která se v domácím městském právu poprvé nejzřetelněji projevila v polovině 14. století v Právní knize města Brna. Dílo Jana z Gelnhausenu přineslo do tehdejší úpravy soukromého městského práva řadu citátů z římského práva, díky nimž byly vyplněny mezery původní právní knihy. Navzdory tomu, že ani Příručka práva městského definici „bonae fidei“ neobsahuje, díky zakotvení obecných zásad převzatých především z římskoprávních Digest lze vyvodit, jak významným ukazatelem byla skutečnost, zda určité právní jednání bylo uskutečněno v dobré víře. V souvislosti s nabýváním věcných práv se přítomnost dobré víry v mysli jednajícího stala nepostradatelným prvkem pro vyvozování právních důsledků pro subjekty zúčastněné daného právního vztahu. Ten, kdo věc nabyt v dobré víře měl sice příznivější právní postavení než osoba, která věc neoprávněně zcizila, ovšem horší postavení než pravý vlastník věci. Význam zásady „bonae fidei“ lze tak spatřovat zejména v ochraně toho, kdo nevěděl nebo nemohl vědět, že věc získal od nepravého vlastníka. Ačkoli právní úprava Příručky v takovém případě neumožňovala ani s odkazem na dobrou víru nabyvatele klasické nabytí vlastnického práva, mohl se tzv. držitel v dobré víře po uplynutí vydržecí doby a za předpokladu splnění dalších podmínek odvolat na svou dobrou víru a vlastnické právo k předmětu držby nabýt. Dobrá víra tak plnila funkci jakési „polehčující“ okolnosti jednání v omylu, která chránila jednajícího před nepříznivými právními následky nabytí věci od nevlastníka.

¹⁷ Flodr, M. (ed). Jan z Gelnhausenu. Příručka práva městského, s. 61. Článek 392 *Příručky* je jedním z mála míst, kde se objevuje citace z římskoprávních Institucí, srov. I. 2, 1, 35.

Literature:

Prameny:

- Flodr, M. (ed). Jan z Gelnhausenu. Příručka práva městského (Manipulus vel directorium iuris civilis), Brno: Matice moravská, 2008, 402 s., ISBN 9788086488523.
- Krueger P. – Mommsen T. (ed.), Corpus iuris civilis, Vol. I., Berolini: Weidmann, 1908, 959 s.
- Krueger P. (ed.), Corpus iuris civilis, Vol. II., Berolini: Weidmann, 1929, 516 s.
- Schoell R. – Kroll G. (ed.), Corpus iuris civilis, Vol. III., Berolini: Weidmann, 1928, 813 s.

Literatura:

- Boháček, M. Římské právní prvky v právní knize brněnského písaře Jana, Práce ze semináře československého práva na KU v Praze, Praha: nákladem vydavatelovým, 1924, 39 s.
- Boháček, M. Ještě k římskoprávnímu obsahu brněnské právní knihy. Sborník žáků profesora Kaprasa (zvláštní otisk), Praha, 1930, 16 s.
- Flodr, M. Brněnské městské právo: zakladatelské období (- 1359), Brno: Matice moravská, 2001, 519 s., ISBN 8068488004.
- Zimmermann, R. - Whittaker, S. Good faith in European contract law. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, 720 s., ISBN 0521771900.

Contact – email

261132@mail.muni.cz

DOBŘÉ MRÁVY V HISTORICKOM KONTEXTE (DOBŘÉ MRÁVY U NÁS DO ROKU 1918)

PETER MIKLUŠIČÁK

Fakulta práva, Paneurópska vysoká škola, Slovenská Republika

Abstract in original language

Práca sa zaoberá právnym inštitútom dobré mravy. Bližšie oboznamuje čitateľa so vznikom tohoto inštitútu v rímskom práve ako aj s jeho formami a výskytom v jednotlivých právnych systémoch a poriadkoch platných na území súčasného Slovenska. Podobu tohoto pojmu na tomto území zachytáva od jeho vzniku v Rímskej ríši až do rozpadu Rakúsko - Uhorska v roku 1918.

Key words in original language

Dobré mravy, právna obyčaj, rímske právo, právny úkon

Abstract

This writing deals with the good manners as a law institute. It informs the reader about its establishment in roman law as well as with its versions and occurrence in particular law systems and orders which were actual in the area of present-day Slovakia. Its form on this area shows in the time since its establishment in Roman Empire to dissolution of Austria-Hungary monarchy in 1918.

Key words

Good manners, law custom, roman law, legal sequence.

Dobré mravy v historickom kontexte zamerané na územie Uhorska.

Právny inštitút dobrých mravov je jednou z najstarších zásad súkromného práva. Vznikol už v starom Ríme v období, kedy rímske právo prestalo striktné uplatňovať Zákony XII tabúl a začalo popri nich uplatňovať aj prétorské právo. Tento právny inštitút je charakteristický hlavne tým, že jeho obsah nebol nikdy presne definovaný, aj napriek tomu že sa o jeho definíciu pokúšalo mnoho starorímskych či moderných právnikov a filozofov. Samotná rímska právna veda chápala „Bona mores“ (Boni mores) ako pravidlá slušnosti, ktoré ľudia preberali od svojich predkov („Mores maiorum“). Jednalo sa teda o súhrn určitých morálno-etických noriem, ktoré boli v rímskej spoločnosti dlhodobejšie zaužívané. V súvislosti s dobrými mravmi bola v rímskom práve významná zásada ekvity („aequitatis“), ktorá zastupovala zákonné právo v tých prípadoch,

kedy by toto právo bolo príliš tvrdé vzhľadom na okolnosti konkrétneho prípadu. Rimania ekvitu chápali ako spravodlivosť v zmysle proporčnej vyváženosti medzi záujmami zúčastnených subjektov a celej spoločnosti.¹ Ekvitu môžeme inými slovami charakterizovať ako vyvažovanie písaného práva za pomoci použitia mimoprávných noriem, medzi ktoré patria aj dobré mravy. Jej cieľom bolo teda odstraňovanie formálnej tvrdosti pri uplatňovaní Zákonov XII tabúl. Rímsky prétoři rozhodovali spory aj na základe „aequitatis“ a preto ju môžeme zaradiť medzi pramene rímskeho práva. Ekvitu v tejto časti spomínam preto, lebo práve dobré mravy boli jedným z najzákladnejších pilierov princípu ekvity. Okrem toho zohrávali bonea mores významnú úlohu pri posudzovaní platnosti právnych úkonov. Už v rímskom práve platilo, že právny úkon je platný vtedy, keď nemá vady. Jednou z väd právneho úkonu bola aj skutočnosť, že právny úkon bol vykonaný v rozpore s dobrými mravmi. O takto vykonanom právnom úkone sa právnici v starom Ríme vyjadrovali, že je neužitočný, nie je, alebo sa zdá že nie je², pričom takýto úkon mohol byť neplatný ex offio alebo na podnet zainteresované strany. Ak bola neplatná len časť právneho úkonu, platila zásada, že sankciou neplatnosti nebol postihnutý celý úkon, ale len jeho dotknutá časť. Len v prípade, ak by dotknutú časť nebolo možné oddeliť od zvyšku právneho úkonu, za neplatný sa považoval celý úkon. Na základe uvedeného môžem konštatovať, že už v starom Ríme vzniklo pravidlo, ktoré v súkromnom práve platí dodnes, a to také, že právne úkony proti dobrým mravom sú neplatné. Ako sa vyjadril A. Brostl „všeobecne sa konštatuje, že dohody (pacta), ktoré sú v rozpore so zákonom či dobrými mravmi nemajú žiadnu právnu silu, a teda sú absolútne neplatné“³.

Rímsko-právna tradícia sa stala základom európskych právnych poriadkov tzv. kontinentálneho typu. S rozpadom a zánikom Rímskej ríše nezanklo rímske právo, ale sa postupne začleňovalo, či už vo väčšej alebo menšej miere, do stredovekého európskeho práva. V tejto súvislosti hovoríme o recepcii rímskeho práva počas stredoveku aj novoveku. Územné oblasti, do ktorých postupne v stredoveku prenikali prvky rímskeho práva a podstatnou mierou ovplyvňovali právo v daných oblastiach siahali od územie dnešného Ruska, cez Balkán až po južnú a celú západnú časť Európy. V týchto častiach zohrávalo významnú úlohu písané kodifikované

¹ Blaho P. – Aequitas ako correctio iuris v rímskom súkromnom práve : In. Slušnosť v práve (zborník z konferencie); PF UK : Bratislava 1993, str. 97 – 109.

² Rebro , Blaho – Rímske právo, Bratislava: Iura Edition 2003,

³ Brostl A. Contra bonos mores. In : Zákaz zneužitia práva – Zborník prác z medzinárodnej vedeckej konferencie VI., Lúbyho právnické dni, Bratislava : Iura edition 2001, str. 163 a ďalej

právo. Pre ilustráciu uvediem že aj po zániku Západorímskej ríše platili v tejto oblasti zákony ako *Lex Barbarorum*, *Lex Romana Visigothorum*, *Codex Euricianus* a ďalšie zákony prijaté za trvania ríše . V Byzancii (Východorímskej ríši) platil aj naďalej *Corpus Iuris Civilis*, na základe justiniánskej kodifikácie bola vypracovaná *Ekloga* a iné zákonníky. Proces recepcie rímskeho práva neminul ani naše územie, územie vtedajšej Veľkej Moravy. Prvé stopy prenikania rímsko-právnych prvkov ku nám možno pozorovať od 2 pol. 9 st., kedy na toto územie prišli bratia Konštantín a Metod. V tomto období Konštantín zostavil *Zákon Sudnyj Ljudem* (Súdny zákon pre laikov) podľa vzoru *Eklogy*. Ako som už vyššie spomenul, vzorom pre *Eklogu* bola práve Justiniánska kodifikácia. Ďalšími právnymi pamiatkami z tohto obdobia, v ktorých badať vplyv rímskeho práva sú Metodom z Ríma importovaná *Collectio canonum* a Metodové (Anonymné) homílie, v ktorých je markantný zase byzantský vplyv.⁴ Podľa V. Vaněčka treba v tomto kodifikačnom úsilí Konštantína a Metoda vidieť okrem prvého pokusu o recepciu rímskeho práva na našom území aj prvé začiatky učeného právnického vôle.⁵ Po vpáde maďarských kočovných kmeňov do dunajskej kotliny a zániku Veľkej Moravy došlo aj ku prerušeniu kontaktov nášho územia s Byzantskou ríšou, čím sa zastavila aj recepcia rímskeho práva vôbec. V spomínaných zákonníkoch z obdobia Veľkej Moravy sa pojem *dobré mravy* nespomína, preto je obtiažne tvrdiť, či právo starých Slovanov na našom území tento pojem poznalo a používalo. Osobne zastávam názor, že ho nepoznali, pretože pred príchodom Konštantína a Metoda bola u nás jediným prameňom práva kmeňová obyčaj⁶, ktorá vychádzala z každodenných zvykov jednotlivých kmeňov a nie z rímskeho práva .

Po zániku Veľkej Moravy bolo územie Slovenska začlenené do Uhorského štátu (kráľovstva). Právo, ktoré v tomto štáte platilo môžeme charakterizovať ako obyčajové právo. Základným prameňom práva tu bola právna obyčaj, teda určité právne normy ktoré nemali písomnú formu, pričom ich záväznosť vyplývala z dlhodobého používania týchto noriem spoločnosťou a ich akceptovania ako záväzných pravidiel správania sa.

⁴ Vojáček L., Schelle K. – Právní dějiny na území Slovenska, Ostrava, KEY Publishing s.r.o, 2007, str. 33 – 34

⁵ Vaněček V. – Pronikání římského a kánonického práva na území dnešního Česko-Slovenska od 2 pol. 9 století do 1 pol. 14 století, PHS 12, Praha , 1966

⁶ K uvedenému porovnaj tvrdenie autorov Vojáček- Schelle „ Předobrazem nejstarších právních obyčejů z doby Velké Moravy a počátku Uherského státu byla kmenová tradice, t.j. ucelený soubor různorodých pravidel chování platných u slovanských a maďarských kmenů před vznikem státu“. - Vojáček L., Schelle K. – Právní dějiny na území Slovenska, KEY Publishing s.r.o, Ostrava, 2007, str. ????

Veľmi presnú definíciu obyčajového práva podáva Viktor Knapp, ktorý obyčaj definuje ako „právní systém, ktorý není vytvářen uvědomelou legislativní činností (zejména státní), nýbrž se ve společnosti vytváří spontánně zachovávaním určitých tradičních obyčejů, které jsou považována za závazná“⁷. Autori Kubú- Hungr- Osina poukazujú okrem dlhodobého používania a záväznosti právnej obyčaje aj na jej zachovávaní na základe štátneho donútenia⁸. Z uvedeného by sa mohlo zdať, že pojmy dobré mravy a právna obyčaj majú ku sebe z obsahového hľadiska veľmi blízko, alebo dokonca vyjadrujú to isté. Tu je potrebné si uvedomiť základný rozdiel medzi oboma pojmi, a to ten, že dobré mravy boli Rimanmi chápané ako pravidlá slušnosti predkov (eticko-morálne normy), ktorých rešpektovanie nebolo vynucované štátnou mocou zatiaľ čo rešpektovanie obyčajov (právne normy) vynucuje samotný štát. V rámci uhorského obyčajového zemského (šľachtického) práva bol vplyv rímskeho práva od začiatku veľmi slabý. Šľachta si neželala výrazné zmeny domáceho práva, pretože tie by mohli ohroziť ich vlastné záujmy chránené práve obyčajovým právom. Taktiež by mohlo byť ohrozené ich postavenie v rámci fungovania uhorského štátneho aparátu, v prípade že by na ich miesta boli odsadzovaní študovaní právnici ovládajúci rímske právo. Toto boli hlavne dôvody, prečo sa „uhorská šľachta všemožne snažila ovládnuť právny poriadok normami domáceho práva... Preto rímske právo ani nebolo prijímané v Uhorsku v takej miere, ako to bolo v Čechách, alebo v iných krajinách západnej Európy“⁹. Aj keď uhorské právo charakterizujeme ako právo obyčajové, predsa tu len okrem obyčaje existoval aj ďalší prameň práva. Týmto prameňom boli zákony vydávané panovníkmi. Tieto normy však nevytvárali vážnejšiu konkurenciu obyčajovému právu. Dva hlavné dôvody, prečo tomu tak bolo, sú tie, že zákony vydávané panovníkmi mali len dočasnú platnosť¹⁰ a problémom bola aj ich publikácia a všeobecné

⁷ Knapp V. – Teorie práva, I vydání, Praha: C.H. Beck, 1995, str. 134.

⁸ Títo autori vnímajú právnu obyčaj ako „pravidlo chování, které se v důsledku dlouhodobého faktického užívání v dané společenské komunitě pocituje jako zavazující a jeho zachovávaní je zabezpečováno státním donucením“; Kubú L., Hungr P., Osina P. – Teorie Práva, Praha: Linde, 2007, str 56

⁹ Blaho P., Haramia I., Židlická M., – Základy rímskeho práva, Bratislava: Manz - PF UK, 1997, str. 90

¹⁰ Zákony, ktoré vydal panovník platili len počas jeho života a pokiaľ mali ostať v platnosti aj po jeho smrti, museli sa stať súčasťou obyčajového práva, alebo ich musel nasledujúci panovník opäť ratifikovať.

povedomie o nich¹¹. V rámci panovníckej legislatívnej činnosti možno badať väčšiu snahu o pretlačenie prvkov rímskeho práva do uhorského právneho poriadku. Prvé náznaky tejto snahy môžeme pozorovať už u Štefana I., ktorý svoje zákony vydával v latinskej (teda rímskej) terminológii, aj keď po obsahovej stránke nie je v jeho zákonoch badať snahu po recipovaní rímsko-právnych prvkov. Ku najväčšiemu pokusu romanizovať uhorské právo došlo až za panovania Mateja Korvína (1458 - 1490), ktorý na svoj dvor povolal talianskych právnikov. Tento zámer mu však nevyšiel tak ako si predstavoval, pretože okrem toho, že proti týmto snahám vystupovala uhorská šľachta a cirkev, aj samotné právo (šľachtické - zemské aj mestské -tavernikálne) bolo natoľko jednotné, že dokázalo odolať takýmto snahám¹². Po smrti Mateja Korvína je uhorské právo poznačené kodifikačnými snahami. V 16. Storočí (1514) vzniklo Verboczyho Tripartitum (Opus Tripartitum Iuris consuetudinarii incluti Regni Hungariae partiumque adnexarium) a na konci 17. storočia v roku 1696 Szentiványiho Corpus Iuris Hungarici (Corpus Iuris Hungarici seu Decretum Generale Hungariae). Tak isto ako prvá spomenutá zbierka obyčajového práva, ani neskoršia zbierka kráľovských dekrétov nepriniesla do uhorského práva žiadne inštitúty rímskeho práva. Preto sa domnievam, že uhorské zemské právo nepoznalo inštitút dobrých mravov. Túto moju domnienku opieram aj o skutočnosť, že medzi pramene uhorského práva nezaraďujeme ekvitu, ktorej veľku zložku tvoria práve boni mores. Pre úplnosť treba dodať, že okrem obyčajového zemského práva platil v Uhorsku aj systém tzv. mestských práv. Mestské právo bolo typické tým, že sa používalo v uhorských mestách a svoju platnosť strácalo s hranicou mesta. Základom tohto právneho systému boli kráľovské výsady, ktoré postupom času jednotlivým mestám udeľovali panovníci. K týmto výsadám sa postupne pridávali normy nemeckých mestských práv (magdeburský a norimberský systém mestských práv)¹³. Práve mestské právo bolo priaznivejšie naklonené recepcií rímsko-právnych inštitútov. Prvým predpokladom toho bol fakt, že uhorské mestské právo bolo vo veľkej miere ovplyvnené spomínaným magdeburským a norimberským právom, ktoré vznikalo za prítomnosti rímskeho práva¹⁴. Druhým predpokladom bol fakt,

¹¹ Problém publikácie súvisel s tým, že panovník vyhlasoval svoje zákony na svojom dvore za prítomnosti šľachty, a preto sa obyvatelia žijúci mimo panovníkovho dvora len ťažko oboznamovali s takýmito zákonmi

¹² Blaho P., Haramia I., Židlická M – Základy rímskeho práva, Bratislava : Manz - PF UK, 1997, str. 90

¹³ Francek J. – Dějiny loupežnictva, Ostrava : Rybka publishers, 2002, str. 18

¹⁴ Blaho P., Haramia I., Židlická M., –Základy rímskeho práva, Bratislava : Manz - PF UK, 1997, str. 80

že hlavne od konca 14. storočia zažívali mestá výrazný hospodársky a politický rozmach. S takýmto rozvojom sa z veľkými ťažkosťami dokázali vysporiadať za pomoci domáceho práva, a preto začali preberať okrem nemeckých a kánonických prvkov aj prvky romanistické. Dôkazom toho sú exempláre rukopisov Digest, Kódexu a Inštitúcií, pochádzajúcich z pier stredovekých talianskych právnikov, ktoré sa našli v archívoch Bratislavy, Bardejova, Prešova a iných miest. Aj napriek absencií zmienok o dobrých mravoch v samotných archívoch našich miest si dovoľím vysloviť názor, že sudcovia v mestách skôr poznali tento právny inštitút ako ho nepoznali, aj keď toto tvrdenie nemôžem dokázať. Na základe uvedeného môžem konštatovať, že azda okrem mestského práva sa dobré mravy nevyskytovali ako právny inštitút v uhorskom stredovekom a novovekom práve.

Tento stav trval do roku 1853, kedy v Uhorsku začal platiť rakúsky Všeobecný Občiansky Zákonník (ABGB). Tento kódex bol prijatý v roku 1811 a pôvodne vymedzoval svoju platnosť a účinnosť len na územie Rakúska a Českých zemí (Čechy, Morava a Sliezske). To sa však zmenilo vydaním patentu dňa 29. novembra 1852, podľa ktorého mal od 1. mája nasledujúceho roku začať platiť aj pre Uhorsko. V tento deň sa môžeme dokázateľne stretnúť prvý raz s pojmom dobré mravy aj na území Uhorska a teda aj Slovenska. Pôvodný zákonník z roku 1811 používal pojem dobré mravy iba v ustanovení § 26, v ktorom sa uvádzalo, že „nedovolenými spoločnosťami sú tie, ktoré boli zakázané politickými zákonmi, alebo ktoré zrejme porušovali bezpečnosť, verejný poriadok alebo dobré mravy¹⁵“. Do ďalších ustanovení boli dobré mravy zakomponované až treťou čiastočnou novelizáciou, a to do ustanovení § 879 a § 1295 ods. 2. Podľa V. Kubeša sa tento pojem taktiež nachádza aj v ustanovení § 1147, v ktorom slovo „unerlaubt“ nebolo nahradené výrazom „dobré mravy“ ako tomu bolo v prípade ustanovenia § 879. Aj napriek tomu sa podľa mienky spomenutého autora jedná o ten istý pojem¹⁶. Ustanovenia týchto dvoch § upravovali následky zmlúv proti dobrým mravom (contra bonos mores). Takéto zmluvy sa považovali za ničotné¹⁷, teda neplatné. Ako uvádza V. Čechotová „ničotnosť zmluvy (alebo iného právneho úkonu) contra bonos mores bola absolútna a súd k nej neprihliadal z úradnej povinnosti. Nováciou nebolo možné odstrániť následky zmluvy contra bonos mores. Cesia a započítanie boli vylúčené, rovnako ako prevzatie dlhu alebo

¹⁵ Rouček F., Sedláček J. – Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, Díl I., Praha : V. Linhart, 1935, str. 217 a nasl.

¹⁶ Kubeš V. – Smlouvy proti dobrým mravům, , Praha : Orbis, 1933 , str. 99

¹⁷ Priamo v texte ABGB sa používa slovo „nichtig“ (ničotný), prebraté z nemeckého BGB.

pristúpenie k dlhu z takejto zmluvy. Uznanie ničotného záväzku nemalo právny účinok. Neplatnosťou, resp. ničotnosťou, boli postihnuté aj akcesorické právne vzťahy, napr. záložné právo. Ak bola neplatná len časť zmluvy, platila zásada, že sankciou neplatnosti nebola postihnutá celá zmluva, ale len dotknutá časť. Len v prípade, ak by dotknutú časť nebolo možné oddeliť od zvyšku zmluvy, vyhlásila sa za neplatnú celá zmluva¹⁸. Na základe uvedeného môžeme pozorovať zhodu medzi „bonea mores“ ako ich poznali starí Rimania a „dobrými mravmi“ z rakúskeho Všeobecného Občianskeho Zákonníka z roku 1811. Následne bola v roku 1861 pre Uhorsko zrušená platnosť ABGB a namiesto neho vstúpilo opäť do platnosti staré uhorské právo spred roku 1853. Týmto dátumom sa z uhorského práva definitívne vytráca pojem dobré mravy, pretože až do konca 1. svetovej vojny a rozpadu Rakúsko-Uhorska sa nepodarilo vypracovať a prijať novú právnu úpravu, v ktorej by sa mohli dobré mravy znovu objaviť.

¹⁸ Čechotová V. – Dobré mravy v slovenskom obchodnom práve ??? str. 57. K uvedenému pozri bližšie aj Rouček F., Sedláček J. – Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, Díl IV., Praha : V. Linhart, 1935, str. 133 a nasl.

Literature:

- Blaho P., Aequitas ako correctio iuris v rímskom súkromnom práve, :
In Slušnosť v práve (zborník z konferencie), Bratislava , PF UK, 1993,
254 S.
- Blaho P - Haramia I. - Židlická M. , Základy rímskeho práva, Bratislava :
Manz - PF UK, 1997, 483 s. ISBN 8071600865
- Brostl A. , Contra bonos mores, : In Yákay yneuzťitia práva (zborník z
medzinárodnej vedeckej konferencie VI. Lúbyho právnické dni, Bratislava
2001, Iura edition, 278 s., ISBN 8089047009
- Čechotová V., Dobré mravy v Súkromnom práve, Bratislava, Epos,
2005, 223 s., ISBN 8080576386
- Francek J., Dějiny loupúeznictví, Ostrava : Rybka Publishers, 2002,
- Knapp V. , Teorie práva, I. Vydání, Praha : C.H. Beck,, 1995, 247 s.,
ISBN 8071790281
- Kubeš V., Smlouvy proti dobrým mravům, Praha : Orbis, 1933, 276 s.
- Kubú L. - Hungr P. - Osina P. , Teorie práva , Praha : Linde, 2007, 336 s.
ISBN 9788072016372
- Rebro K.- Blaho P., Rímske právo, Bratislava: Iura Edition 2003, 496 s.,
ISBN 808904753x
- Rouček F. - Sedláček J. , Komentář k československému obecnému
zákonníku občanskému a občanské právo na Slovensku a Podkarpatské
Rusi, Praha : V. Linhart, 1935, 970 s.
- Vaněček V., Pronikání římského a kánonického práva na území dnešního
Československa od 2. pol. 9. století do 1. pol. 14.století, Právněhistorické
studie 12, 1966
- Vojáček L. - Schelle K. , Právní dějiny na území Slovenska, Ostrava :
Key Publishing, 2008, 450 s., ISBN 9788087071434

Contact – email

doktorand@azet.sk

DOBŘÁ VÍRA Z POHLEDU ROZHODNUTÍ VELKÉHO SENÁTU OBČANSKOPRÁVNÍHO A OBCHODNÍHO KOLEGIA NEJvyššího soudu

ALICA OBERTOvÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá rozhodnutím velkého senátu občanskoprávního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 30.1.2008, sp.zn. 31 Cdo 3177/2005. Nejvyšší soud se v něm vyjádřil, že dobrá víra je relevantní v otázce posouzení platnosti smluv navazujících na primární smlouvu od které bylo odstoupeno, není však presumována a důkazní břemeno leží na tom, komu je ke prospěchu. Cílem příspěvku je poukázat na praktické nedostatky a rozpory daného rozhodnutí a vytvořit prostor pro následné zamyšlení. V potaz je brán také připravovaný nový občanský zákoník.

Key words in original language

dobrá víra, platnost, primární smlouva, navazující smlouvy, odstoupit, nabyvatel, presumce

Abstract

The contribution deals with the leading decision passed by Civil and Commercial Division of the Supreme Court dealing with the principle of good faith, registered as 31 Cdo 3177/2005. There are present two main issues. Firstly, in regard to the validity of the contract following contract which was withdrawn, the Court decided that the avoidance of the primary contract has no direct influence on the following contracts and the faith of the acquirer is taken into account. Secondly, the Court stated that the good faith is not generally presumed (except when it is expressly mentioned in the law). This controversial statement is the main reason I decided to bring up this case to the discussion. Besides general arguments the contribution concerns also the reference to the future Commercial Code.

Key words

Good faith in the light of decision of the Civil and Commercial Division of the
the Supreme Court

Tématu dobré víře se mimo jiných věnoval rozsudek velkého senátu občanskoprávního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 30.1.2008, sp.zn. 31 Cdo 3177/2005 (dále „Rozhodnutí“), který se zabýval dvěma stěžejními otázkami. V první řadě lze říct, že změnil dosavadní judikaturu v ohledu platnosti smluv navazujících na primární smlouvu, od které bylo odstoupeno; dále se věnoval obecně presumpci dobré víry. Rozhodla jsem se věnovat tomuto Rozhodnutí podrobněji, protože je nejen průlomové s

ohledem na dosavadní judikaturu, ale je také předmětem kritiky ze strany odborné veřejnosti. I když se v českém právním řádu neuplatňuje doktrína precedentů, zejména velký senát Nejvyššího soudu má značnou autoritu a obecně jsou tyto rozsudky považovány směrodatné. Ráda bych přehledně nastínila problematiku, zhodnotila argumentaci Nejvyššího soudu, vyjádřila vlastní názor podepřený odpovídajícími autoritami a nechala taky prostor pro možnou diskuzi.

Dobrá víra a právní účinky odstoupení od smlouvy
Otázka, zda má dobrá víra jako obecně platný princip pozitivního práva sílu korigovat právní následky jednání, se zdá být zbytečná. Odpověď ovšem není tak zřejmá, jak by se mohlo na první pohled zdát. O tom svědčí rozporné názory odborné veřejnosti a související judikatura Nejvyššího a Ústavního soudu.

Nejlépe lze nejasnost postavení principu dobré víry a problémy při jeho aplikaci demonstrovat na neplatnosti smlouvy. Jde o nalezení tenké hranice, která určuje, kde může ještě dobrá víra dalšího nabyvatele zabránit neplatnosti smluvního závazku a kde již nikoli. Judikaturou se vytvořila zajímavá konstrukce, která zasluhuje pozornost. Následující pojednání se zabývá platností dalších navazujících smluv a dobrou vírou dalších nabyvatelů.

Pro ucelený obraz ohledně problematiky považuji za nezbytné nejdříve zmínit rozsudek velkého senátu občanskoprávního kolegia nejvyššího soudu ze dne 14. 6. 2006, sp. zn. 31 Cdo 2808/2004, který je již překonaný, poukazuje ale na některé skutečnosti, které je vhodné vzít v potaz. Typickým důvodem absolutní neplatnosti kupní smlouvy na nemovitost je nedostatek formy. V zásadě se vychází z toho, že na neplatnou smlouvu nelze navázat další smlouvy, a to ani v případě, že by tyto smlouvy byly jinak samy o sobě platné. I kdyby další nabyvatelé jednali v dobré víře, že prodávající byl vlastníkem, ve skutečnosti je vlastníkem pořád původní majitel. V podstatě jde o to, koho postihnout negativními následky – zda původního majitele (který vlastně o své vlastnické právo nikdy nepřišel), nebo dalšího nabyvatele (který nemovitost koupil v přesvědčení, že kupuje od vlastníka; to mohlo navíc vyplývat i z výpisu z katastru nemovitostí). V projednávané věci Nejvyšší soud řešil právní otázku, jaké jsou právní účinky odstoupení od kupní nebo jiné smlouvy o převodu vlastnictví k nemovitosti v případě, že nabyvatel převedl nemovitost na jiného dříve, než došlo (ze strany převádějícího) k odstoupení od smlouvy.

Ze zjištěného skutkového stavu bylo relevantní, že žalobce prodal nemovitost (tzv. „objekt občanské vybavenosti“) obchodní společnosti. Protože kupující sjednané ceny nezaplatil ani v náhradní lhůtě k plnění, kterou mu žalobce poskytl, žalobce podle ustanovení § 517 odst.1 obč. zák. od kupní smlouvy odstoupil. Mezitím ovšem kupující obchodní společnost již převedla nemovitosti na základě další kupní smlouvy na žalovaného, včetně zápisu do katastru nemovitostí. Žalobce se s odkazem na § 48 odst.2 obč. zák. domáhal, aby bylo určeno, že je výlučným vlastníkem nemovitosti.

Okresní soud v Litoměřicích rozsudkem ze dne 8.1.2003 č.j. 7 C 212/2002-40 žalobu zamítl. Dle soudu prvního stupně nabytí žalovaným nemovitost v dobré víře bez ohledu na to, zda žalobce odstoupil od kupních smluv v souladu s ustanovením § 517 odst.1 obč. zák. a byl vlastníkem nemovitosti již v době, kdy žalobce od kupních smluv odstoupil. Dodatečné odpadnutí právního důvodu, na jehož základě se převodce stal vlastníkem věci, nemůže mít za následek zánik vlastnictví nabyvatele, které nemovitost nabytí v dobré víře. V odůvodnění osud prvního stupně poukázal také na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 17.11.1999 sp. zn. 22 Cdo 1186/98 a rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 23.1.2001 č.j. 2 US 77/2000, dle kterého odstoupení od smlouvy nemůže mít vliv na postavení třetích osob, které v dobré víře a v souladu s § 39 obč. zák. nabyly vlastnické právo k věci, která byla předmětem takové smlouvy. I když soud prvního stupně přiznal, že ve stanovisku občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 28.6.2000 CPJN 38/1998 byla tato otázka vyřešena opačným způsobem, trval na zohlednění dobré víry žalovaného jako dalšího nabyvatele.

K odvolání žalobce Krajský soud v Ústí nad Labem rozsudkem ze dne 30.3.2004 č.j. 11 Co 157/2003-69 rozsudek soudu prvního stupně potvrdil. Ztotožnil se jak se zjištěným skutkovým stavem, tak s právním odůvodněním. Navíc zdůraznil, že základním principem právního státu je princip právní jistoty, který též zahrnuje jistotu, že bude zajištěno právo nabytí v dobré víře. V projednávaném případě nešlo o nabytí od nevlastníka, ale o nabytí od vlastníka, když právní důvod vlastnictví prvního převodce odpadl až poté, kdy věc nabytí žalovaný.

Proti tomuto rozsudku odvolacího soudu podal žalobce dovolání. Nejvyšší soud shledal dovolání přípustné i důvodné a rozsudky obou soudů zrušil. V odůvodnění vycházel z již uvedeného stanoviska občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 28.6.2000 CPJN 38/1998 a svůj právní názor podložil zejména třemi argumenty. Zaprvé, při nabývání vlastnického práva k nemovitosti na základě smlouvy je třeba rozlišovat právní důvod nabytí vlastnického práva (titulus acquirendi) /kupní nebo jiná smlouva/ - a právní způsob jeho nabytí (modus acquirendi) /pravomocné rozhodnutí katastrálního úřadu o povolení vkladu/. Odstoupením zaniká právní důvod nabytí vlastnického práva (titulus acquirendi) s účinky od počátku; uvedené pak má mimo jiné za následek, že převodce je nadále (nikdy nepřestal být) vlastníkem převáděných nemovitostí. Na tomto závěru nic nemění ani skutečnost, že podle (s účinky „od počátku“ zrušené) smlouvy bylo ve prospěch nabyvatele vloženo do katastru nemovitostí vlastnické právo, ani okolnost, zda další osoba byla při uzavření smlouvy v dobré víře, nebo nikoli.

Druhým argumentem bylo teoretické pojetí obligačních a věcně právních účinků kupní smlouvy. Účinky obligační jsou jedním z předpokladů pro účinky věcné (věcněprávní). Současně je zřejmé, že obojí účinky nemohou být naplněny současně vedle sebe. Obligační účinky smlouvy proto trvají pouze do té doby, dokud nejsou nahrazeny účinky věcnými (věcněprávními). Odstoupením od smlouvy žalobce nepochybně sledoval ve vztahu ke zrušované smlouvě odstranění obou účinků, neboť chce nadále zachovat své vlastnické právo k převáděné nemovitosti. Proto je

dle Nejvyššího soudu třeba odmítnou názor, podle kterého by odstoupením od smlouvy mohly být zrušeny jen její účinky obligační. To nutně vychází z předpokladu, že by převodce svým právním úkonem sledoval zrušení svého závazku odevzdat nabyvateli převáděnou nemovitost do vlastnictví a závazku nabyvatele převáděnou nemovitost do svého vlastnictví převzít a zaplatit převodci kupní nebo jinou cenu, ačkoliv závazky odevzdat nabyvateli převáděnou nemovitost do vlastnictví a nabyvatele převáděnou nemovitost do svého vlastnictví převzít již stejně zanikly, a z obligačních účinků smlouvy tu přetrvává jen závazek nabyvatele zaplatit kupní nebo jinou cenu; zrušení obligačních účinků smlouvy by pak (za této situace) ve svých důsledcích mohlo znamenat jen to, že převodce vlastně nemá zájem o sjednanou kupní nebo jinou cenu, neboť jiné následky zrušení těchto účinků stejně nejsou - objektivně vzato - možné.

Navíc dle římsko právní zásady *nemo plus iuris ad alium tranfere potest, quam ipso habet* nemohl první kupující na žalovaného vlastnické právo nikdy platně převést.

Nejvyšší soud se ale zajímavě vypořádal s tvrzením dobré víry žalovaného. Ochrana dobré víry v českém právním řádu neplatí obecně, ale jen v případech stanovených zákonem. Jestliže zákon ve všech případech nechrání dobrou víru dalšího nabyvatele předmětu koupě od nevlastníka, nelze všeobecnou ochranu nabytých práv dovozovat jen pouhou aplikací dobré víry. V podstatě v daném případě převládla dobrá víra žalobce jako původního vlastníka nad dobrou vírou žalovaného jako nabyvatele z navazující smlouvy. V tomto smyslu by bylo přiznání vlastnictví dalšímu nabyvateli nemovitosti na základě dobré víry bez toho, že by dosavadnímu vlastníku (převodci) za něj byla poskytnuta odpovídající náhrada (v podobě sjednané kupní nebo jiné ceny), současně představuje porušení čl. 11 odst.4 Listiny základních práv a svobod, neboť mu odnímá vlastnické právo jinak než na základě zákona a bez náhrady.

Uvedený právní názor změnil velký senát Nejvyššího soudu ve svém kritizovaném Rozhodnutí. I když se jednalo o v podstatných bodech totožné skutkové stavy (s tím rozdílem, že žalovaný o odstoupením věděl – viz dále), velký senát Nejvyššího soudu přišel k závěru, že v situaci, kdy prodávající účinně odstoupí od kupní smlouvy o převodu nemovitostí podle § 517 odst. 1 obč. zák. proto, že mu kupující ani v dodatečně přiměřené lhůtě nezaplatil dohodnutou kupní cenu, kupní smlouva se od počátku ruší (§ 48 odst. 2 obč. zák.), avšak pouze s účinky mezi účastníky. Nejvyšší soud dospěl k právnímu názoru odlišnému od toho, který byl vyjádřen v rozsudku velkého senátu občanskoprávního kolegia Nejvyššího soudu¹ a proto postoupil věc k rozhodnutí velkému senátu občanskoprávního a obchodního kolegia. K dané věci byl rozhodný závazně korigující nález pléna Ústavního soudu,² kterým byl zamítnut návrh na zrušení § 48 odst. 2 obch. zák., a kterým bylo určeno, že odstoupením od smlouvy podle § 48 odst. 2 obč. zák.³ 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

článkem 11 Listiny základních práv a svobod a s ústavními principy právní jistoty a ochrany nabytých práv vyvěrajícími z pojmu demokratického právního státu ve smyslu článku 1 odst. 1 Ústavy, a nezaniká. Nejvyšší soud interpretoval uvedený nálezn tak, že nabyvatelé nemohou přijít o vlastnické právo k převáděnému majetku, jestliže v době uzavření kupní smlouvy č. 2 byli (jako kupující) 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 mohla od kupní smlouvy č. 1 účinně odstoupit.⁴ Zde aplikovaný princip dobré víry zjevně ochránil dalších nabyvatele před zánikem jejich práv ze smluv navazujících na smlouvu, od které bylo následně účastníky odstoupeno.

Je zřejmé, že je dnes z pohledu dalšího nabyvatele zásadně odlišná situace, když byla primární smlouva shledána neplatnou pro rozpor se zákonem (kdy je jeho případná dobrá víra irelevantní) od situace, kdy od ní bylo odstoupeno (kdy jeho dobrá víra může odůvodnit platnost navazující smlouvy). Jde o výsledek snahy najít nejspravedlivější cestu mezi právy jednotlivých účastníků. V případě odstoupení od primární smlouvy (nebo dovolání se její relativní neplatnosti) je chráněn další nabyvatel, protože v momentu koupě nabýval od vlastníka a po určitou dobu jakoby vlastníkem byl. Až poté druhá strana primární smlouvy odstoupila (nebo se dovolala neplatnosti). Když ale byla primární smlouva neplatná pro rozpor se zákonem nebo dobrými mravy, bylo tak od samého počátku a vlastnictví od původního majitele nikdy na jinou osobu nepřešlo.

Popsaný přístup má ale také nedostatky. Odstoupení od smlouvy jakož i dovolání se relativní neplatnosti smlouvy mají účinky ex tunc, stejně tak jako absolutní neplatnost. Tím se ale rozdíl mezi jednotlivými zmíněnými způsoby ukončení smlouvy stírá a původní majitel ani v jednom z uvedených případů nikdy nepřestal být vlastníkem nemovitosti. V tomto smyslu se jedná o právní úkony se stejnými následky a je tak nedůvodné dělat rozdíly mezi osudem navazujících smluv. Lze jen dodat, že z pohledu dalšího nabyvatele je odstoupení nebo relativní neplatnost nejistá skutečnost (a když nebude druhý účastník primární smlouvy aktivní, vůbec k neplatnosti nedojde), zatím co k důvodům způsobujícím absolutní neplatnost smlouvy soud přihlíží i ex offo. I přes uvedené nedostatky si myslím, že zvolená konstrukce je nejlepší možné řešení dané situace a je v zájmu zachování principu právní jistoty, aby byla nadále upevňována judikaturou. Slouží k vyplnění zákonných mezer⁵ a usměrňuje interpretaci zákona k dosažení spravedlivého řešení.

Ještě dál jdou někteří právní teoretici, kteří chápou ochranu dobré víry (a další principy) jako pozitivněprávní principy, které jsou součástí českého právního řádu a jako takové musí být respektovány bez ohledu na to, zda jsou vyjádřeny výslovně.⁶ V tomto duchu se pak snaží prosadit princip dobré víry nad ustanovení § 39 obč. zák. Například dle advokáta Mgr. Ondřeje Bultase není žádná absolutní teze, podle které by každý rozpor se zákonem (či dobrými mravy) měl znamenat neplatnost právního úkonu (...) Jinými slovy, neplatnost nemůžeme vyslovit při každém rozporu

Osobně se s uvedenými názory neztotožňuji. Myslím si, že dobrá víra jako obecný princip má sloužit ke spravedlivému výkladu nebo jako korektiv zákonných ustanovení. Nicméně nemůže se s nimi stavět do opozice, a už vůbec je nemůže přelomit. To by se úplně přičilo principu právní jistoty. Dobrá víra jako subjektivní kategorie se nedá předvídat a všechny subjekty soukromoprávních vztahů by tak byly postaveny do nejistoty v jejich právech a povinnostech obsažených v zákonných ustanoveních.

Velký senát Nejvyššího soudu se v Rozhodnutí zabýval také otázkou, zda je dobrá víra jako obecný princip presumována. Dobrá víra je subjektivní kategorie, projevující se objektivními znaky. Je to přesvědčení subjektu právního vztahu o tom, že jeho jednání je v souladu s předpoklady jednání po právu, a to podle jeho subjektivních znalostí faktického stavu i objektivně známých skutečností, které mohl a měl vědět.⁹ Již ze samotného charakteru dobré víry vyvstává problém dokazování. Posouzení vnitřního stavu nebo přesvědčení subjektu bývá prakticky velmi náročné. To dokazuje také bohatá judikatura (i přes omezení pravomoci Nejvyššího soudu v tom smyslu, že dovolací soud přezkoumává otázku existence dobré víry držitele, že mu věc patří, jen v případě, kdyby úvahy soudu v nalézacím řízení byly zjevně nepřiměřené).¹⁰ Jelikož je dobrá víra primárně stav vědomí, její posouzení je možné jenom u osob fyzických. U právnické osoby se proto stav dobré víry odvozuje od dobré víry osob, které za právnickou osobu jednají.¹¹

151

Dle Rozhodnutí, nezakotvuje-li příslušná úprava, v níž má dobrá víra konkrétní osoby právní význam, domněnku, že taková osoba je ohledně existence určitých skutečností v dobré víře, stíhá povinnost důkazní (a posléze i břemeno důkazní) o této dobré víře osobu, které je dobrá víra - v rovině právní - ku prospěchu. V daném případě soud vycházel z toho, že v případě odstoupení (které má vliv pouze na primární smlouvu – viz výše) od smlouvy je z pohledu žalovaného jako dalšího nabyvatele relevantní existence jeho dobré víry, kterou ovšem musí tvrdit a prokázat (unést důkazní břemeno). Svůj názor opřel zejména o skutečnost, že při nabývání vlastnického práva k určitému majetku má dobrá víra samostatně právní význam, jen pojí-li se k domnělému právnímu titulu (*titulus putativus*); je-li zde skutečný nabývací titul (např. platná kupní smlouva); dále pak také, že byl-li v době dalšího převodu majetku první kupující (první nabyvatel) skutečným vlastníkem majetku, pak (nevymínil-li si první kupující jinak) převedl na druhého kupujícího (žalovaného – pozn. autorky) vlastnické právo v celé jeho šíři (...) a existence dobré víry nabyvatele o tom, že se stal vlastníkem převáděného majetku, je bez právního významu. Ústavní Dobrá víra žalovaného je pak rozhodující pouze v otázce ústavní ochrany vlastnického práva. Jelikož předmětem výkladu nálezu pléna bylo ustanovení § 48 odst. 2 obč. zák., je logické usuzovat, že dobrá víra dalších nabyvatelů se v argumentaci Ústavního soudu váže právě k jejich (ne)vědomosti o skutečnostech, na jejichž základě by odstoupení od kupní smlouvy č. 1 působilo i vůči nim.

Tento závěr velkého senátu je ale diskutabilní a poněkud nepraktický. Obecně je tedy dle Nejvyššího soudu na konkrétním subjektu, aby svou dobrou víru dokázal. Pouze když zákon výslovně zakotví presumpci dobré víry, obrací se důkazní břemeno na protistranu. Nejvyšší soud tak vlastně vychází z toho, že v zásadě všichni konají ve zlé víře. Tento přístup ale nelze přijmout. Ad absurdum by pak nebylo možné učinit žádný úkon a pro ilustraci ani vyjet s autem na silnici. Museli bychom předpokládat, že všichni budou při jízdě porušovat dopravní značení. Nepochopitelný je tento závěr i z toho důvodu, že dle Nejvyššího soudu se presumpce dobré víry držitele uplatňovala v občanském právu i před novelou č. 509/1991 Sb. (která ji výslovně zakotvila do § 130 odst. 1 obč. zák.).¹⁴

Uvedené Rozhodnutí je předmětem kritiky i z radů odborné veřejnosti. Richter uvádí tři základní důvody, proč s tímto Rozhodnutím v jeho zobecňující rovině nesouhlasí.¹⁵ Zaprvé, závěry NS ve svém důsledku požadují po kupujícím provedení negativního důkazu. Dále se Nejvyšší soud nezabýval ustanovením § 11 zák. č. 265/1992 Sb., o zápisech vlastnických a jiných věcných práv k nemovitostem, které zakotvuje domněnku dobré víry – z rozsudku přitom vyplývá, že osoba musí prokazovat svou vlastní dobrou víru jen v případech, kdy právní úprava nezakotvuje domněnku, že taková osoba je ohledně určitých skutečností v dobré víře. A konečně právní závěry NS mohou mít fatální dopad na transakční náklady na realitním trhu, povinnost nabyvatele nemovitosti

prokázat dobrou víru neúměrně zvyšují náklady na koupi nemovitosti v ČR. S tímto názorem souhlasí také Spáčil. Uvedl, že problémem je zde dobrá víra, která má být nabyvatelem nemovitosti prokázána. Prokazováno by však mělo být spíše řádně nabyté vlastnické právo. Rozdílný názor zastává Krčmář, který naopak uvedl, že není nelogické, aby dobrou víru dokazoval ten, kdo se její ochrany dovolává.¹⁶

Důkazní břemeno je pak konkrétními zákonnými ustanoveními přenesené na toho, kdo se dovolává zlé víry protistrany. Projevuje se to v úpravě nejrozličnějších právních institutů, v ustanoveních, které zakotvují presumpci dobré víry. Jejich cílem je postavit do výhodnějšího postavení slabší stranu v případě, když subjekt smluvního závazku jednal v přesvědčení, že jedná po právu. Příkladem je (mimo již v práci uvedené) ustanovení § 32 odst. 3 obč. zák.,¹⁷ kterým je stanovena vyvratitelná domněnka dobré víry zmocněnce v případě, že je v dobré víře zmocnitel, což vyplývá z podstaty zmocnění a zvláštního charakteru jednání za jiného. Potřeba detailně upravit vztah zmocnitel-zmocněnec pramení z toho, že zmocněnec má dvojitou právní pozici: vystupuje sám za sebe a také za zmocnitele. Zákon tak chrání zmocnitele, kterého váží právní účinky jednání zmocněnce. Presumpci dobré víry zakotvují dále ustanovení typická pro jednotlivé smluvní typy. Presumpce dobré víry mimo jiné znamená, že na takto uloženou slušnost se mají ostatní spolehnout.¹⁸

Zajímavé je, že dle § 7 připravovaného nového občanského zákona¹⁹ se má za to, že ten, kdo určitým způsobem právně jednal, jednal poctivě a v dobré víře. Presumuje se tak dobrá víra pro celý právní řád a od účinnosti tohoto zákona bude důkazní břemeno výhradně na tom, kdo dobrou víru popírá. Důvodová zpráva poukazuje na to, že dosud platný občanský zákoník je vedle občanského zákoníku Slovenska jediným evropským občanským zákoníkem, který obecnou zásadu presumpce dobré víry neupravil. Výslovná kodifikace presumpce dobré víry ovšem způsobuje u odborné veřejnosti obavy ze zneužití zákona. Je-li problémem současné české justice přílišné lpění na textu zákona a jeho výkladu, který je nedostatečně přiléhavý okolnostem, pak tyto dva principy nutně povedou k (presumované) ochraně podvodníků a lichvářů, která bude svou podstatou formalistně pozitivistická par excellence.²⁰ Osobně považuji výslovné zakotvení za prospěšné a ztotožňuje se s myšlenkou, že v soukromém styku má každý právo očekávat od jiných, že se budou chovat jako normální lidé.²¹

Trochu schizofrenně pak ale důvodová zpráva nového občanského zákoníku zdůrazňuje, že není v moci zákona kodifikovat všechny obecné právní zásady, a vystříhává se rizika svádět praxi k mylnému pojetí, že za závazné právní zásady zákoník uznává jen ty, na které pamatuje jejich výslovným pojmenováním. Jelikož § 3 odst. 3 nového občanského zákona podtrhává, že soukromé právo vyvěrá také z dalších obecně uznaných zásad spravedlnosti a práva, postrádá konkrétní jmenování některých z nich smysl.

Závěr

Ve svém článku jsem se zabývala Rozhodnutím velkého senátu Nejvyššího soudu, ve kterém bylo stanoveno, že dobrá víra je relevantní v otázce posouzení platnosti smluv navazujících na primární smlouvu od které bylo odstoupeno, není však presumována a důkazní břemeno leží na tom, komu je ke prospěchu. Uvedenou konstrukci ohledně posuzování navazujících smluv považuji za vhodnou a proporční. I když nejde o ideální řešení, za daných okolností se jeví jako nespravedlivější řešení. Problémem pro praxi může být ale dosavadní, dosti zmatená a protichůdná rozhodnutí, a proto s ohledem na snahu o ustálenou judikaturu považuji za důležité zdůraznit Rozhodnutí hlavně na úrovni soudů nižších stupňů. Osobně se ale neztotožňuji s Nejvyšším soudem s názorem na presumpci dobré víry. V článku jsem nastínila několik důvodů, pro které jsem přesvědčená, že dobrou víru by měl vždy prokazovat ten, kdo ji popírá. Navíc v tomto duchu bude i připravovaný nový občanský zákoník. Mým cílem nebylo prosazení vlastního názoru, ale poukázání na nedostatky a rozpory Rozhodnutí a vytvořit prostor pro následné zamyšlení.

Literature:

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 10. 2008, sp. zn. 22 Cdo 3000/2008.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30.1.2008, sp.zn. 31 Cdo 3177/2005.

Nález pléna Ústavního soudu ze dne 16. října 2007, sp. zn. Pl. ÚS 78/06.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26.07.2006, sp. zn. 22 Cdo 889/2005.

Rozsudek velkého senátu občanskoprávního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 14.6.2006, sp. zn. 31 Cdo 2808/2004.

Březina, P. K úvodní hlavě návrhu občanského zákoníku. Dostupný z <http://teorieprava.blogspot.com/2008/10/k-vodn-hlav-obanskho-zkonku.html>.

Druhé odborné sympoziu Nejvyššího soudu ze dne 4. prosince 2008 na téma „Komerční nemovitosti v judikatuře Nejvyššího soudu“ Iuridictum – encyklopedie o právu. Dostupný z: http://iuridictum.pecina.cz/w/Dobr%C3%A1_v%C3%ADra.

Kašpar, M. Vydržení věcného břemene. Dostupný z <http://www.epravo.cz/top/clanky/vydrzeni-vecneho-bremene-17861.html?mail>.

Převrátíl, J. O důvěře. Dostupný z <http://jinepravo.blogspot.com/2011/01/o-duvere.html>.

Richter, T. K odstoupení od kupní smlouvy o převedení nemovitosti.

Bulletin advokacie 1-2/2009, str. 18.
Salač, J.: Rozpor s dobrými mravy a se zákonným zákazem, Právní rozhledy
č. 6, 2000, s. 250.
Telec, I.: Není rozpor se zákonem jako rozpor se zákonem, Právní rozhledy,
č.5, 2004, s. 161, 164.
Telec, I. Poctivost a důvěra, dobrá víra, dobré mravy, veřejná morálka a
veřejný pořádek. Právní rozhledy 1/2011, str. 1.

Contact – email

alica.obertova@centrum.cz

NABYTÍ OBCHODNÍHO PODÍLU V DOBRÉ VÍŘE V NĚMECKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVĚ

ALENA POKORNÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Dne 1. listopadu 2008 nabyla účinnosti rozsáhlá reforma GmbH, která do německého práva společnosti s ručením omezeným přinesla kromě jiného i změny v úpravě obchodních podílů. Jednou z těchto změn je zavedení možnosti nabytí obchodního podílu v dobré víře. Za splnění zákonem stanovených podmínek je tak možné nabýt obchodní podíl od osoby, která není jeho vlastníkem. Cílem tohoto příspěvku je objasnit tuto změnu právní úpravy, jejímž hlavním motivem bylo zvýšit právní jistotu při převodech obchodních podílů.

Key words in original language

GmbH, společnost s ručením omezeným, nabytí obchodního podílu, dobrá víra.

Abstract

The comprehensive reform of german GmbH (i.e. private limited company), that entered into force on 1st November 2008, has brought also some changes in the legal regulation of shares. One of these changes is introduction of the possibility to acquire a share in a good faith. By meeting statutory conditions is thus possible to acquire the share from a person, who is not its owner. The aim of this paper is to explain this change in legislation, which main motive was to increase legal certainty in the transfer of shares.

Key words

GmbH, private limited company, acquirement of share, good faith.

Dne 1. listopadu 2008 nabyla účinnosti rozsáhlá reforma GmbH¹, která do německého práva společnosti s ručením omezeným kromě jiného přinesla i změny v úpravě obchodních podílů. Jednou z těchto změn je zavedení možnosti nabytí obchodního podílu v dobré víře. Za splnění zákonem stanovených podmínek je tak možné nabýt obchodní podíl od nevlastníka.

¹ Gesellschaft mit beschränkter Haftung – společnost s ručením omezeným

Právní úprava nabytí obchodního podílu v dobré víře je zakotvena v § 16 odst. 3 zákona o GmbH.² Podle tohoto ustanovení může nabyvatel účinně nabýt obchodní podíl nebo právo k němu³ právním úkonem od nevlastníka, pokud je převodce zapsán jako vlastník obchodního podílu v seznamu společníků v obchodním rejstříku. To neplatí, pokud je seznam v okamžiku nabytí ohledně obchodního podílu méně než tři roky nesprávný a jeho nesprávnost nelze přičíst oprávněnému, tedy skutečnému majiteli. Dále není nabytí v dobré víře možné, bylo-li nabyvateli chybějící oprávnění převodce známo nebo mu nebylo známo v důsledku hrubé nedbalosti nebo je proti seznamu podán odpor.

Jak stojí v důvodové zprávě⁴ k novele zákona o GmbH⁵, nabyvatel obchodního podílu byl doteď vystaven riziku, že zcizitel není vlastníkem tohoto podílu. Proto nabyvatelé často požadovali od zcizitele předložení všech relevantních zcizovacích listin nazpět až k zakládací listině. To ovšem stojí čas a peníze, pokud je to pro zcizitele vůbec možné. Ani pak ale není jisté, zda notářsky ověřené, tedy formálně správné zcizovací listiny jsou také materiálně účinné nebo že nedošlo k nějakému dalšímu převodu, který v seznamu společníků nebyl zaznamenán⁶. Nabyvatelé využívali též možnosti požadovat od zcizitele záruku podle § 443 občanského zákoníku, že je tento vlastníkem obchodního podílu. Situaci nabyvatele ohledně vlastnictví obchodního podílu to ale neměnilo. Pokud se ukázalo, že zcizitel vlastníkem podílu není, nabyvatel se mohl hojit ze záruky, obchodní podíl ale nezískal. V závislosti na tom, jaké právní úkony provedl nabyvatel předtím, než skutečný vlastník uplatnil své právo k podílu, mohlo být zpětné uspořádání právních vztahů velice složité.⁷

Nabytí obchodního podílu v dobré víře je vázáno na seznam společníků upravený v § 40 zákona o GmbH. Podle § 40 odst. 1 zákona o GmbH jsou jednatele neprodleně po účinnosti každé změny v osobách společníků nebo rozsahu jejich účasti na společnosti povinni doručit obchodnímu rejstříku

² Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), in der Fassung vom 20. 4. 1892, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2509).

³ V § 16 odst. 3 nejde pouze o nabytí obchodního podílu jako takového, ale i práva k němu. Pro zjednodušení se text příspěvku věnuje výslovně pouze nabytí obchodního podílu samého.

⁴ BT-Ds. 16/6140, s. 37 a násl.

⁵ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), in der Fassung vom 23. 10. 2008 (BGBl. I Nr. 48 vom 28. 10. 2008, S. 2026ff).

⁶ Haack, H., Campos Nave, J.: Die neue GmbH. Herne: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 2008, s. 34.

⁷ BT-Ds. 16/6140, s. 37 a násl.

jimi podepsaný seznam společníků. Základem nové úpravy nabytí obchodního podílu v dobré víře je předpoklad, že se nabyvatel může spolehnout na údaje zapsané v seznamu společníků zveřejněném v obchodním rejstříku.⁸ Z této zásady je učiněno několik výjimek, které tvoří podmínky nabytí obchodního podílu v dobré víře.

Od zavedení elektronického obchodního rejstříku je pro každého možné sledovat prostřednictvím seznamů společníků vývoj účastnických vťahů na společnosti. Rejstříkový soud však správnost doručených seznamů společníků nezkontroluje a tak mohou obsahovat chyby, které nejsou včas odhaleny. Před tím musí být nabyvatel chráněn, na druhou stranu se jedná o zásah do vlastnického práva oprávněného vlastníka, ani ten tedy nesmí zůstat bez ochrany.⁹ Novela tak má představovat středovou variantu mezi ochranou vlastnického práva oprávněného a jistotou právního postavení nabyvatele. Proto je nabytí obchodního podílu v dobré víře zásadně možné, nelze-li vlastníku podílu přičíst nesprávnost seznamu a je-li seznam ohledně obchodního podílu nesprávný méně než tři roky. Skutečný vlastník podílu má podle důvodové zprávy dost času na to, aby podal odpor proti seznamu společníků nebo se zasadil o jeho opravu. Jelikož je seznam společníků k nahlédnutí na internetu, je pro oprávněného snadné seznam společníků zkontrolovat.¹⁰

Seznam tedy musí být vzhledem k obchodnímu podílu nesprávný méně než tři roky a skutečnému vlastníku podílu nesmí být tato nesprávnost přičitatelná. Otázkou je, kdy lze skutečnému vlastníku nesprávnost seznamu společníků přičíst. Podle důvodové zprávy je to tehdy, pokud se vlastník jako nabyvatel obchodního podílu nepostaral, aby byl seznam společníků aktualizován a správně odrážel jeho právní postavení. Nesprávnost seznamu společníků mu naopak nelze přičíst, když například jednatel bez jeho vědomí podá u obchodního rejstříku nesprávný seznam.¹¹ Ne všichni autoři ale považují takové vymezení přičitatelnosti nesprávnosti seznamu oprávněnému za dostatečné.¹²

Seznam musí být ve vztahu k obchodnímu podílu tři roky nepřetržitě nesprávný, přičemž všechny seznamy společníků zveřejněné v obchodním rejstříku jsou v tomto ohledu považovány za jeden pokračující seznam.¹³

⁸ BT-Ds. 16/6140, s. 37 a násl.

⁹ BT-Ds. 16/6140, s. 37 a násl.

¹⁰ BT-Ds. 16/6140, s. 37 a násl.

¹¹ BT-Ds. 16/6140, s. 37 a násl.

¹² Grigoleit, H.Ch., Rieder, M.: GmbH-Rech nach dem MoMiG. München, C. H. Beck, 2009, s. 56-57.

¹³ Blíže Haack, H., Campos Nave, J.: Die neue GmbH. Herne: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 2008, s. 35.

Lhůta začíná běžet ve chvíli, kdy je v obchodním rejstříku ohledně konkrétního obchodního podílu zveřejněn první nesprávný seznam a přerušuje se, jakmile je nesprávný seznam nahrazen seznamem správným.¹⁴ Lhůta počíná běžet i v okamžiku, kdy se v důsledku dalšího převodu stane původně správný seznam nesprávným. Obzvláště tehdy je zjištění počátku běhu lhůty velmi obtížné.¹⁵

Úprava nabytí obchodního podílu v dobré víře je vázána na § 932 občanského zákoníku, podle kterého je možné nabýt vlastnictví k movité věci v dobré víře od nevlastníka. Nabyvatel není v dobré víře, když je mu známo nebo na základě hrubé neznalosti známo není, že věc nenáleží převodci. Problematická je především specifikace neznalosti na základě hrubé nedbalosti, která je přenechána judikatuře.¹⁶ Chráněna je dobrá víra v oprávnění disponovat s obchodním podílem, takže není možné nabýt v dobré víře podíl, který neexistuje.¹⁷ Není jasné, jestli se ochrana dobré víry uplatní v případě, kdy obchodní podíl sice existuje, ale ne tak, jak je zapsán v obchodním rejstříku.¹⁸ Podle názoru některých autorů není nabytí takového obchodního podílu vzhledem ke znění a celkové restriktivní tendenci § 16 odst. 3 zákona o GmbH možné.¹⁹ Existuje však i opačný názor, podle kterého je sice třeba vycházet ze zásady, že prostřednictvím nové právní úpravy nemohou být vytvářeny nové podíly, ale že v tomto případě obchodní podíl skutečně existuje, i když jinak, než jak je zapsán v obchodním rejstříku. Proto se jeví jako věcně spravedlivé povolit v tomto případě z výše uvedené zásady výjimku.²⁰ Shoda panuje v tom, že se nová úprava nevztahuje na možná zatížení obchodního podílu právy třetích osob nebo omezení dispozice s podílem.²¹

Co se případné povinnosti jednatelů k náhradě škody týče, podle § 40 odst. 3 zákona o GmbH ručí za porušení povinností týkajících se seznamu

¹⁴ Haack, H., Campos Nave, J.: Die neue GmbH. Herne: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 2008, s. 35.

¹⁵ Autor uvádí příklad kupní smlouvy, od které převodce v důsledku nezaplacení kupní ceny odstoupí. Haack, H., Campos Nave, J.: Die neue GmbH. Herne: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 2008, s. 36.

¹⁶ Bormann, M., Kauka, R., Ockelmann, J. (Hrsg.): Handbuch GmbH-Recht. Münster: ZAP Verlag, 2009, s. 437-438.

¹⁷ BT-Ds. 16/6140, s. 37 a násl.

¹⁸ V obchodním rejstříku je například zapsán obchodní podíl vzniklý spojením dvou podílů, přestože k účinnému spojení nedošlo.

¹⁹ Haack, H., Campos Nave, J.: Die neue GmbH. Herne: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 2008, s. 35.

²⁰ Gehrlein, M., Witt, C.-H.: GmbH-Recht in der Praxis, Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2008, s. 99.

²¹ Grigoleit, H.Ch., Rieder, M.: GmbH-Rech nach dem MoMiG. München, C. H. Beck, 2009, s. 54.

společníků. Jde o případy zaviněného jednání ze strany jednatele. O zavinění zpravidla nepůjde, je-li jednatel informován o změně společníků, ale nikoliv o tom, že se tato změna stala neúčinnou. Jednatel naopak bude ručit za vzniklou škodu, jednal-li k tíži skutečného vlastníka podílu ve spolupráci se zcizitelem, nabyvatelem nebo oběma dvěma.²²

Cílem nové právní úpravy bylo odstranit právní nejistotu a snížit náklady spojené s převody obchodních podílů, které souvisí s přezkumem relevantních zcizovacích listin až k založení společnosti a poskytováním garancí. Do jaké míry tato úprava splnila svůj účel, je ovšem sporné. Podle mnohých autorů právní jistota při převodech obchodních podílů příliš zvýšena nebyla a situace zůstává vyjma zcela jednoznačných případů pro převodce i nadále nejistá. Nahlédnutím do obchodního rejstříku totiž nelze zjistit, jestli je seznam společníků nesprávný již tři roky, jestli je nesprávnost přičitatelná pravému vlastníku obchodního podílu nebo jestli osoba zapsaná v seznamu společníků jako vlastník podílu mezitím nepředvedla obchodní podíl na třetí osobu.²³ Další zásadní problém byl shledán v tom, že v dobré víře nelze nabýt neexistující podíl. Nabyvatel se v tomto nemůže spolehnout na obchodní rejstřík, ze kterého nezjistí, zda podíl opravdu existuje či nikoliv, a tudíž nemůže beze všeho rezignovat na důkladné právní prověřování, jak to předpokládala vláda.²⁴ Jedním z dalších problémů nové právní úpravy je ústavně zaručená ochrana vlastnického práva. Skutečný vlastník může totiž po třech letech nesprávného zápisu v seznamu společníků pozbýt vlastnické právo jen tím, že tři roky nekontroluje seznam společníků, byť třeba ani nemá důvod se domnívat, že seznam není v pořádku.²⁵ Nové úpravě je též vyčítáno, že neumožňuje v dobré víře získat obchodní podíl nezatížený právy třetích osob, i když zastavení obchodního podílu je v praxi časté.²⁶ Je toho více, co odborníci proti nové právní úpravě namítají, obecně ale možnost nabýt obchodní podíl v dobré víře vítají.

Literature:

²² BT-Ds. 16/6140, s. 37 a násl.

²³ Grigoleit, H.Ch., Rieder, M.: *GmbH-Rech nach dem MoMiG*. München, C. H. Beck, 2009, s. 60-61.

²⁴ Bormann, M., Kauka, R., Ockelmann, J. (Hrsg.): *Handbuch GmbH-Recht*. Münster: ZAP Verlag, 2009, s. 437-439.

²⁵ Gehrlein, M., Witt, C.-H.: *GmbH-Recht in der Praxis*, Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2008, s. 103, který odkazuje na Wicke, H: *GmbHG. Kommentar*, § 16, München: C. H. Beck, 2008.

²⁶ Gehrlein, M., Witt, C.-H.: *GmbH-Recht in der Praxis*, Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2008, s. 103.

- Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), in der Fassung vom 20. 4. 1892, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2509.
- Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), in der Fassung vom 23. 10. 2008 (BGBl. I Nr. 48 vom 28. 10. 2008, S. 2026ff).
- Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (EGGmbHG), in der Fassung vom 01.11.2008, zuletzt geändert durch Artikel 9 G. v. 25.05.2009, BGBl. I S. 1102.
- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), in der Fassung vom 2. 1. 2002, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Januar 2011, BGBl. I S. 34.
- Begründung der Regierung vom 23. Mai 2007 - Bundestagsdrucksache Nr. 16/6140, str. 27 a násl.
- Bormann, M., Kauka, R., Ockelmann, J. (Hrsg.): Handbuch GmbH-Recht, Münster: ZAP Verlag, 2009, 591 s., ISBN 978-3-89655-385-0.
- Gehrlein, M., Witt, C.-H.: GmbH-Recht in der Praxis, 2. Auflage, Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2008, 516 s., ISBN 978-3-8005-1469-4.
- Grigoleit, H.C., Rieder, M.: GmbH-Recht nach dem MoMiG, München: C. H. Beck, 2009, 134 s., ISBN 978-3-406-59088-7.
- Haack, H., Campos Nave, J.: Die neue GmbH, Herne: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 2008, 143 s., ISBN 978-3-482-58571-5.

Contact – email

134531@mail.muni.cz

KATEGORIE ROZUMNOSTI: DOBRÁ VÍRA NEBO DOBRÉ MRÁVY?

MARIÁN ROZBORA

**PRÁVNICKÁ FAKULTA MASARYKOVY UNIVERZITY, BRNO,
ČESKÁ REPUBLIKA**

Abstract in original language

V právních řádech se postupně začíná prosazovat kategorie rozumnosti. Tato skutečnost je patrná zejména v souvislosti s rostoucím vlivem angloamerického právního systému. Rovněž ji lze pozorovat v souvislosti s akcelerací komunitárního práva, popřípadě evropského soft-law. Obsah kategorie je ovšem nejasný, když lze na ni nahlížet jednak ve smyslu psychologickém (tj. dobrá víra), ale i ekvitem (spíše jako dobré mravy). Příspěvek se stručně snaží o této problematice pojednat.

Key words in original language

rozumnost; přiměřenost; dobrá víra; dobré mravy

Abstract

In the legal system is gradually gaining ground the category of reasonableness. This is particularly evident in the increasing influence of Anglo-American legal system. Also, it can be seen in connection with the acceleration of Community law, or European soft law. However, the content this category is unclear, because it can be seen both in the psychological sense (ie good faith), but also equitas (rather like fair dealing). The paper seeks to briefly discuss this issue.

Key words

reasonableness; bona fides; fair dealing

I. Úvod

Na následujících řádcích hodlám stručně pojednat o kategorii „rozumnosti“ (angl. „reasonableness“), a to s přihlédnutím k tematickému zaměření sekce, tj. k pojmům dobrá víra a dobré mravy. Pojem „rozumnost“ je sám o sobě

„nejasný“, když na první pohled jej lze připodobnit pojmům „spravedlnost“, „normálnost“, „přiměřenost“, „správnost“.

Předmětem regulace práva je chování subjektů práva. Proto, když si například položíme otázku: „Jaké je to „rozumné“ chování?“, tak dospějeme k závěru, že hovoříme-li o nějakém chování jako o „rozumném“, tak víme, že je to „správné“ jednání. Na tom se pravděpodobně všichni shodneme; v konkrétnostech se však naše představy o „správném“ jednání budou nezanedbatelně lišit. Kategorie „rozumnosti“ je tedy sama o sobě, resp. tento pojem sám o sobě je natolik obsáhlý, až všezahrnující, že vlastně nezahrnuje nic, resp. nic konkrétního. Na akademické půdě by se chtělo říct, že je vysoce abstraktní.

II. Proč se tomuto pojmu věnovat?

Odpověď na tuto otázka se sama profiluje částečně již z uvedeného; nelze totiž bez dalšího říct, že bychom věděli, co to je. To samo o sobě však v oblasti právní vědy ještě neimplikuje nutnost zkoumání. Nutnost zkoumání však plyne v momentě, kdy se takovýto pojem začíná v právu skrze právní doktrínu, judikaturní praxi, či legislativní práce prosazovat. V podmínkách kontinentálního práva pojem rozumnosti nebýval příliš často výslovně vyjádřen a nejedná se o termín spjatý s výraznou tradicí. V recentní hypertrofii komunitárního práva a evropského soft-law se však tento pojem začíná pod vlivem common law prosazovat i jako výslovný pojem právních textů. Rozšířenost pojmu pak lze dohledat prakticky po celém světě, jak ve své studii prokázala polská autorka Ewa Rott-Pietrzyk.¹

III. Polyvalentnost „rozumnosti“

Jak již bylo naznačeno, tak lze obecně pod pojmem „rozumnost“ chápat v podstatě cokoliv, což patrně má svůj původ v obsahové výplni tohoto pojmu v obecném jazyku. V obecném jazyku totiž pod tímto pojmem je zpravidla uváděna racionální vyspělost pro adekvátní (správné apod.) reakce rozumem nadané osoby. Tedy volně shrnuto: výběr právě toho správného chování z nabízejících se variant.

Referenční rámec při hledání pojmu rozumnosti na poli práva lze spatřovat v obecné formulaci právního vztahu, což je dogmatické ohniště právní vědy. Lze zohlednit předpoklady právního vztahu², kterými jsou 1) právní

¹ Rott-Pietrzyk, E. Klauzula generalna rozsudku w prawie prywatnym, 1. vyd. Warszawa: C. H. Beck, 2007

² Harvánek, J. a kol.: Teorie práva. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004, s. 194

skutečnosti, především právní úkony a jejich náležitosti a 2) právní normy. Následně pak lze uvažovat o samotném právním vztahu a jeho obsahu. Pokud pak podrobíme tuto obecnost a mnohovýznamovost ustálené kategorizaci právní vědy, tak můžeme „rozumnost“ spatřovat:

a) v oblasti racionality subjektu práva jako charakteristiku vztahující se k pojmu subjekt a jeho vlastnosti, kde lze takto formulovat jak pasivní, tak aktivní způsobilost; pak lze hovořit o rozumném subjektu, který disponuje potřebnými znalostmi „chodu světa“, ať už jde například o znalost fyzikálních zákonů, sociálních pravidel (včetně právních norem). Nejde v tomto směru o samotné chování subjektů práva, ale o vymezení předpokladu, který až následně vede ke stanovení „rozumného“ chování subjektů práva.

V oblasti znalostí základních okolností vnějšího světa (jako např. základních fyzikálních zákonů, základních postulátů biologie) nacházíme částečně pojem rozumnosti rozpracován i v současném českém ObčZ, když § 617 implicitně předpokládá, že každý zná pravidla obecně známá, a tudíž prodávající není povinen s takovýmito kupujícího seznamovat.

Podobně lze vystopovat prvky „rozumné“ osoby ve vztahu ke znalosti zákonů. Každému právníkovi (ale v podstatě i laikovi) je známa myšlenka, že neznalost zákona neomlouvá. Nejedná se však o žádné nepřeložitelné pravidlo, tedy pravidlo, jež by bylo prosté výjimek. Naopak, jak píše Zimermann, výjimek si byli vědomi již Římané, kdy předmětná maxima byla do určité míry omezena podle toho, co subjekty mohli rozumně očekávat.³ Myšlenka znalosti práva i nadále přetrvala, a to včetně myšlenky částečné korekce v podobě přípustnosti právních omylů, které se uplatňují jako okolnost vylučující trestnost, nejen v případě trestní odpovědnosti mladistvých, ale rovněž i v oblasti civilního práva, kdy neznalost práva lze podřadit – alespoň v některých případech – pod rámec přípustných omylů. To lze odůvodnit principem předvídatelnosti (právní jistoty), která je brzdou dokonce i anglosaskému pragmatismu, či jinak řečeno rozpoznatelnost právní normy, prostřednictvím čehož lze dospět až k institutu *buta ember* (neboli vesničan schopný porozumět zákonu).

Obecná definice rozumné osoby, ať už skrze skutkové, či právní pendum vědomostí, či spíše negativně cestou vymezení omluvitelných omylů, však není. Pozitivní definice je spíše otázkou vědy, kdy např. Ewa Rott-Pietrzyk poukazuje na definici rozumné osoby, jako osoby takové, která je akceptována jinými články společnosti.⁴ Přesto se však takovýto pojem

³ Zimermann, R. *The Law of Obligations*, dotisk 1992, Cape Town: Juta and Co. Ltd., 1990, s. 606.

⁴ Rott-Pietrzyk, E. *Klauzula generalna rozsudku w prawie prywatnym*, 1. vyd. Warszawa: C. H. Beck, 2007, s. 59

užívá, ať už specificky například ve vztahu k vymezení rozumného spotřebitele, nebo též dokonce jako součást normativního textu (např. v rámci smlouvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží označované zkratkou CISG).

b) v oblasti právních norem jako jejich obsahové náplni, kdy samotná právní norma má být „rozumná“, což lze spatřovat například v koncepční ustálenosti soukromoprávních norem, kdy například nekonzistentní ustanovení (a nejen to) je nutno vykládat v souladu s duchem zákona, a tedy se volí – svým způsobem – racionální výklad.⁵

Rovněž lze obecněji při úvahách o rozumnosti dospět až ke otázce zdůvodnění lidských práv, či samotného jádra ústavního pořádku, kterým je zákonodárce vázán a nemá možnost naprosté libovůle (srov. úvahy Pavla Hollandera v oblasti čl. 9 odst. 2 Ústavy ČR, kdy poukazuje mj. na racionalitu jako zdroj a východisko veškeré právní regulace, ačkoliv dospívá k závěrečné otázce, zda se spíše opětovně nejedná pouze o druh „víry“ – byť v rozum – než by skutečným východiskem byl přímo tento rozum, kterému se „věří“, a který se tolik „blahořečí“).⁶

c) určení samotného obsahu právního vztahu, což může být např. otázkou rozumného výkladu právního úkonu (dokonce i ve vztahu k posouzení určitosti; tento prvek se může projevit zejména v otázce vyplnění „mezery smlouvy“, jako jsou inomínáty, či smíšené smlouvy; dále si lze pod tímto okruhem představit i otázku aplikace právních zásad.⁷ Pro ilustraci lze v jednotlivostech poukázat např. na stanovení „rozumné ceny“.⁸

Naznačené okruhy jsou ovšem ilustrativní a nelze je považovat za jednoznačnou kategorizaci. Důvodem je jakási propojenost těchto

⁵ Viz. odůvodnění nálezu Ústavního soudu České republiky ze dne 11. 5. 2005, sp. zn. II. ÚS 87/04, v němž se uvádí: "Závěr, že určitý právní úkon je neplatný pro rozpor se zákonem nebo proto, že zákon obchází, se musí opírat o rozumný výklad dotčeného zákonného ustanovení."

⁶ Holländer, P.: Základy všeobecné státovědy. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, 364 s., nebo též Holländer, P.: Filosofie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 s.

⁷ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. 28 Cdo 1067/2004: „Rozumný, životný, okolnostem případu odpovídající, výklad neumožňuje jiný závěr, než že šlo o konkretizaci další esenciální náležitosti kupní smlouvy, totiž výše kupní ceny za předmět převodu.“, či rozsudek téhož soudu sp. zn. 32 Cdo 4637/2009: „Princip ochrany dobré víry souvisí s tzv. pravidlem oprávněného očekávání; i k němu je třeba při výkladu právních úkonů přihlídnout a neopomenout, že jejich výklad má být rozumný a spravedlivý, neboť podstatou práva má být spravedlnost (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3. 3. 2009, sp. zn. 32 Cdo 661/2008).“

⁸ Obecně k pojmu "spravedlivá cena" Dvořák, J. Spravedlivá cena. In Lazár, J.: Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe, in Lazár, J., Blaho, P. (eds.) IX. Lubyho právnické dni, Nadácia Štefana Lubyho, Trnava, Právnická fakulta Trnavskej univerzity, 2007, s. 215 a násl.

požadavků, kdy žádný z nich nelze dobře studovat izolovaně, jelikož dle mého názoru tyto ani samostatně nefungují. Naopak se domnívám, že jsou jakýmsi společnými hybnými silami, to samozřejmě za předpokladu, že právní normy mají být dodržovány. Na jedné straně totiž pouze „rozumný“ (racionálně zdatný jedinec) znalý společenské reality ví, jak se má „správně“ (rozumně) chovat. Na druhé straně, pouze ten jedinec, který ví, jak se má správně chovat, disponuje dostatečným racionálním potenciálem pro to, aby mohl být plně emancipovaným subjektem práva. Naopak ten, kdo není schopen posoudit to, jak se má v daném vztahu chovat, nepochybně nemůže být plně racionálně způsobilým subjektem práva. Jde samozřejmě o problematické tvrzení, obzvlášť v rovině soukromého práva, protože tímto vylučujeme plně způsobilé subjekty ode dne dosažení zletilosti z úkonů, které běžně vykonávají. Běžnou osobou vylučujeme z možnosti koupě nemovitosti, když otázku např. vkladového řízení nezná každá zletilá osoba apod. Ve své podstatě ovšem jde mj. o promítnutí přístupu autonomie vůle a principu *vigilantibus iura scripta sunt*. Čitelnější je toto tvrzení v oblasti úpravy způsobilosti nezletilé osoby k právním úkonům (srov. kritérium „přiměřenosti rozumové a volní vyspělosti“ § 9 ObčZ). Nejčitelnější je tato otázka v oblasti, kde zákonodárce podmiňuje chování subjektu koncesním modelem, jako jsou řidičská oprávnění, výkon jistých profesí apod., když prokázání rozumové vyspělosti je nutným předpokladem pro výkon takové činnosti, resp. jinak je činnost zakázána pod hrozbou sankce. V soukromém právu je pochopitelně s ohledem na otevřenost soukromých zájmů (Vše, co není zakázáno, je dovoleno.) takovéto pojetí nemyslitelné, a proto je otázka pojata obráceně; v soukromém právu se presumuje plná způsobilost a proto je patrně na „dotčeném“ subjektu prokázat, že tomu tak není (ať už pro jednotlivý případ dle § 38 odst. 2 ObčZ, či obecně pro futuro § 10 ObčZ).

IV. Legislativně-technická pojetí

Z pohledu polyvalentnosti a rovněž z pohledu mladosti kategorie rozumnosti je zřejmé, že v právních textech se vyskytuje lexikální vyjádření v různých podobách, technické pojetí vyjádření je různorodé a neexistuje žádný jednotný standard. V zákonných úpravách se lze setkat s pojetím rozumu především jako implikovaným předpokladem hypotézy právní normy. Především v souvislosti s produkcí *acquis* a *soft-law* pak lze spatřovat výrazný nárůst lexikálního vyjádření jako součásti dispozice právní normy, kdy je skutečně frekventovaně používán pojem „rozumný“ a jeho obraty. V nedávných kodifikačních úsilích se lze setkat i s pojetím rozumnosti jako generální klauzulí zákona, jako je tomu v Holandském zákoníku, který užívá pojmu „*redelijkheid en bilijkheid*“. Právě posledně uvedenou legislativní techniku považuje např. Eva Rot-Pietrzyk v citované

studii za nejvhodnější vzhledem k jejímu obsahu a obecnému dosahu.⁹ Právní texty ovšem pojímají i otázku doktrinálních studií a soudních rozhodnutí, kde lze především poukázat na užití pojmu rozum, či rozumnost jako argumentu konstatování orgánu aplikujícího právo, čímž pouhá konstatování rozhodnutí nabývá elegantně nálepky řádné odůvodněnosti.

V. Rozumnost v judikatuře ESD

Ze shora nastíněných důvodů je rovněž zřejmé, že v této práci nelze opomenout judikaturu ESD; naopak tato má výrazným význam. Zde si dovoluji využít poznatků práce Adelina Adinolfi, která ve své práci *The Principle of Reasonableness in EU Law*¹⁰ poskytla obšírný výčet vystopovaných projevů předmětné kategorie. Na pozadí analýzy judikatury a směrnice práva, s výrazným prvkem zohlednění dělby kompetencí Evropských institucí a členských států dospívá ke dvěma kategoriím, a sice hmotně-právnímu a procesně-právnímu pojetí rozumnosti.

V oblasti hmotného práva připomíná především tyto prvky:

A1) Rozumnost jako kritérium pravděpodobnosti, kdy poukazuje na případ Monsato. ESD uzavřel, že pokud existuje nejistota ohledně existence nebo dosahu rizika produktu pro lidské zdraví, může členský stát na základě zásady předběžné opatrnosti přijmout ochranné opatření, aniž by musel čekat na výskyt rizik a jejich závažnost, kdy Adanolfi hovoří o „rozumné“ pravděpodobnosti ohrožení zdraví.

A2) Ve věci Sonae pak Adanolfi poukazuje na přístup ESD k otázce rozlišení poplatku a daně. Právo ES totiž stanovovalo v daném případě zákaz daně, ale naopak připouštělo možnost poplatku. ESD vyšel z teze, že poplatek je takové plnění, které je stanoveno „rozumně“ ve vztahu k nákladům poskytovaného plnění.

A3) S poukazem na judikaturu v oblasti pracovního a fiskálního práva dospívá Adanolfi k závěru, že princip rozumnosti plní rovněž funkci integračního zdroje použitelného v případech, kdy na danou oblast dopadá právo ES, ale samotné jeho právní předpisy neposkytují žádné jednoznačné

⁹ Rott-Pietrzyk, E. *Klauzula generalna rozsudku w prawie prywatnym*, 1. vyd. Warszawa: C. H. Beck, 2007, s. 389

¹⁰ Adinolfi, A. *The Principle of Reasonableness in European Union Law*. In Bongiovanni, G., Sartor, G., Valentini, Ch. (eds.) *Reasonableness and law*. Dordrecht: Springer, 2009, s. 383.

řešení. Dle mého názoru tuto oblast lze charakterizovat jako odůvodnění teleologického výkladu a dovození analogie.¹¹

A4) Autorka rovněž poukazuje na skutečnost, že kategorie rozumnosti se nevyužívá pouze v případě nejasných ustanovení, ale též v případech, kdy je ponechán prostor pro uvážení členského státu. Opatření zvolená členským státem totiž musejí být rozumná. Jde tedy o kategorii k zabezpečení flexibility, především pro případy, kdy je povinnost členským státům ukládána, aby dostáli závazkům v rozsahu, v jakém to je jenom možné.

A5) V souvislosti s otázkou plnění závazků členskými státy rovněž poukazuje na to, že členský stát nejenom že musí přijmout adekvátní právní úpravu, ale i to, aby faktická činnost orgánů členského státu skutečně odpovídala jejich závazkům. Tedy nesleduje se pouze otázka přijetí legislativy, ale i faktické zabezpečení odpovídající aplikace (realizace) práva; nelze tedy závazky – zejména transpoziční – plnit jenom pouhým „přepisem“ směrnice, ale je skutečně realizovat v praxi. Současně však ESD poukázal i na skutečnost, že naopak ani otázku transpozice nelze bez dalšího suplovat činností orgánů členského státu. To dokládá případ *Komise vs. Nizozemí*, kde nedostatek transpozice odůvodňoval členský stát tím, že na základě národních abstraktních pojmů a generálních klauzulí lze v jednotlivých případech dospět k těm stejným výsledkům, které jsou požadovány směrnicí, kterou Nizozemí netransponovalo. ESD ovšem tuto argumentaci odmítl s poukazem na skutečnost, že tímto způsobem trpí právní jistota, kdy tento stav vyvolává pochybnosti o skutečném obsahu a rozsahu ochrany, která má být transpozicí směrnice dosažena.

A6) Z oblasti ochrany individuálních práv autorka poukazuje na případ *Walt Wilhelm*, že do obsahu kategorie rozumnosti spadají i zásady spravedlnosti, kdy poukázal na skutečnost, že v případě vedení několika paralelních řízení musí být při ukládání sankce přihlíženo k sankcím uložením v předchozích řízeních. Nicméně princip rozumnosti ve vztahu k jednotlivci nebyl uplatněn pouze jako korektiv nespravedlností směřující pouze k ochraně jednotlivce. ESD dospěl k závěru, že tímto mohou být naopak i stanoveny jednotlivci povinnosti, když je nutno usilovat o nalezení „rozumného“ kompromisu mezi různými zájmy. Autorka v tomto směru dospívá k závěru, že „práva jednotlivce založená komunitárním právem by měla být chráněna, s výjimkou toho případu, kdy je zřejmé, že takováto ochrana by byla v rozporu s rozumností, která na sebe bere masku obecné zásady spravedlnosti.“

V oblasti procesního práva poskytuje autorka výčet následujících prvků:

¹¹ Pouze poznamenám, že teleologický výklad z pohledu fakticity se od analogie až tolik neliší.

B1) Posouzení rozumné délky správního, či soudního řízení před orgány ES, přičemž využívá kritéria známé, ať už z praxe ESLP, či obecně ustálená v rámci rozhodovací praxe členských států, jakožto demokratických právních států. Těmito kritérii jsou především: význam pro účastníka řízení, složitost řešení otázky (ať už právní, či skutková), přičinění o průtahy účastníkem řízení. Orgány ESD se pak setkávají i s otázkami, které pro národní české procesní právo nejsou právě typické, a to např. počet žalob na neplatnost aktu, rozsáhlost dokumentů, různost jazyků. Dále se zkoumá i dopad průtahů na práva účastníků. V některých případech se pak využívá i test rozložení řízení na etapy, kdy jsou zkoumány jednotlivé etapy, a nikoli řízení jako celek.

B2) V případě řízení před národními soudy je otázka limitována skutečností, že se v současné době v této oblasti neuplatňuje harmonizace. Proto otázka posouzení rozumné délky řízení spíše směřuje k posouzení otázky, zda nedochází k diskriminačním průtahům při rozhodování sporů dle komunitárního práva, oproti právům národním, resp. či daný průtah nemá za důsledek ztěžování, či znemožnění uplatnění práva přiznaného právními předpisy ES.

Pokud tedy uvedené aspekty shrneme, tak jde o realizaci interpretace (především teleologického výkladu), otázku vyplnění mezer práva a případné korekce výslovného pravidla. Princip rozumnosti je využíván jak při konstituování povinností, tak působí rovněž i jako korektiv formálního práva (práv a povinností plynoucích z právního předpisu). V tomto směru koresponduje analýza Adinolfi se závěry Ewy Rott-Pietrzyk, kdy tato rovněž dospívá k uplatnění zásady rozumnosti jako instrumentu k výkladu, doplnění a korekce právních předpisů (*adiuvare, supplere, corrigere*).¹²

VI. Rozumnost: dobrá víra nebo dobré mravy?

Součástí otázky polyvalentnosti pojmu rozumnost ve vztahu k tématu konference je otázka, zda kategorie rozumnosti lze ztotožnit s pojmy známými v české právní vědě. Konkrétně se pak nabízí otázka, zda lze rozumnost podřadit pod kategorii dobrých mravů, či dobré víry. Přitom nesmíme ztrácet z mysli, že samotný pojem víra je uchopitelný dvojím způsobem, a to jednak v psychologickém smyslu a rovněž v objektivním smyslu blížícím se „českým“ dobrým mravům.¹³ Vedle této konstrukce ovšem legislativní díla ještě používají pojem dobré mravy.

¹² Rott-Pietrzyk, E. *Klauzula generalna rozsudku w prawie prywatnym*, 1. vyd. Warszawa: C. H. Beck, 2007, s. 42

¹³ Poukážeme-li např. na diskusi v české odborné veřejnosti k návrhu nového občanského zákoníku z poslední doby, tak k dualitě srov. Balarin, J.: *Poznámky k (absenci) principu*

V tomto kontextu se otázkou zabíral Jan Hurdík¹⁴, který významné práce na poli soukromého práva podrobuje právě tomuto hledisku, kdy upozorňuje:

a) na nový holandský občanský zákoník užívající sousloví rozumnost a slušnost (redelijkheid en billijkheid). „Pojmem rozumnosti nahradil výraz dobrá víra v objektivním smyslu v pojetí blízkém německému Redlichkeit, gute Sitten, či českým dobrým mravům. Tím se vyhnul ambivalentnímu užití pojmu dobré víry (bona fides, bonne foi, Good Faith) ve dvou významech: na jedné straně ve smyslu psychologickém, tj. nezaviněné nevědomosti osoby o právních vadách jejího jednání a na druhé straně ve smyslu aktivním, tj. jako požadavku poctivého jednání.“¹⁵ Dobrou víru v ekvitním smyslu tedy nahradil pojem rozumnosti, a samotné dobré víře legislativně ponechal význam jenom psychologický.

b) „projekty unifikace evropského smluvního práva, ovlivněné oblastí common law, zachovaly význam dobré víry (Good Faith) ve dvojím smyslu: ekvitním a psychologickém... Současně upravují kategorii rozumnosti (reasonableness) jako generální klauzuli“¹⁶, přičemž tato se uplatňuje výrazně i v rámci jednotlivých ustanovení.

Jak upozorňuje Hurdík, tak v rámci PECL se rozumnost vyskytovala v roli „působící v úzké existenční i funkcionální vazbě na dobrou víru a poctivý obchodní styk (Good Faith and Fair Dealing). Tomu svědčí i její legislativní definice, např. čl. 1:302 PECL, podle něhož je součástí rozumně jednající osoby dobrá víra.“¹⁷, která pro určení „rozumnosti“ stanovila posouzení toho, co by učinila osoba jednající v dobré víře a v té samé situaci jako smluvní strany. Přitom se zejména musí vzít v úvahu, jaký je účel a povaha smlouvy, okolnosti konkrétního případu a zvyky a praxe dotčených odvětví (jakési odvětvové zvyklosti).

Pokud jde o známý DCFR, tak ten rovněž pojmu rozumnosti hojně využívá, přičemž taktéž současně užil legislativní techniku generální klauzuli. V čl. I. – 1:104: Reasonableness pak uvádí: „Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.“,

dobré víry v návrhu občanského zákoníku. Bulletin advokacie, č. 1-2, 2011, s. 25 a násl., či Tégl, P.: K úpravě dobré víry v návrhu nového občanského zákoníku. Bulletin advokacie, č. 1-2, 2011, s. 35 a násl.

¹⁴ Hurdík, J. Rozumnost jako zásada soukromého práva. In Machalová, T. (Ed.). Proměny evropského právního myšlení. K odkazu profesora Vladimíra Kubeše. Vyd. 1. Brno: Masarykova Univerzita, 2009. 160 s. ISBN 978-80-210-5009-9.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

což se dá přeložit: „Rozumnost je třeba určit objektivně, s ohledem na povahu a účel právního jednání, a vzhledem k okolnostem případu a ke všem příslušným zvykům a praxe.“ Ačkoliv byl vypuštěn výslovný odkaz na dobrou víru, či dobré mravy, tak zde bylo v podstatě na PECL navázáno.

V každém případě je z uvedeného patrné, že evropská právní věda doposud nevytvořila zcela jednotný přístup k pojmu rozumnosti. Hurdík přitom hovoří o větší šanci evropských projektů – na rozdíl od holandského vzoru – nabýt podoby evropských standardů.

VII. Závěr

Příspěvek představuje stručné pojednání o kategorii rozumnosti. Tento pojem je totiž těžce významově a obsahově uchopitelný, a to pro jeho mlhavost, s jakou se setkáváme v případě pojmů „spravedlnost“ apod. Proto je i patrná rozmanitost obsahu v jednotlivých přístupech směřujících k upřesnění jeho obsahu, a to ať už induktivních, či deduktivních, tedy ať už cestou studia dosavadních jednotlivých kauz, či cestou interpretace legislativních prací. Bohužel se v tomto směru lze setkat i s momentem, kdy pojem rozumnost je využíván v situaci nedostatku jiné argumentace, čímž zejména soudní rozhodnutí elegantně získávají nálepku odůvodněnosti (byť ne přesvědčivosti).

V rovině soukromého práva lze – ve vztahu k tématu konference - zdůraznit zejména naplnění pojmu v kategoriích ekvitních, jež se dotýkají institutu dobré víry a dobré mravy. Bližší analýza sejetí rozumnosti, dobré víry a dobrých mravů je nepochybně výzvou pro českou právní vědu, obzvlášť zajímavou z pohledu skutečnosti, že v současné na tomto úseku lze zaznamenat výrazný deficit, ačkoliv je hmatatelný nárůst významu „rozumnosti“ v souvislosti s akcelerací komunitární unifikace, harmonizace apod.

Literature:

- Rott-Pietrzyk, E. Klauzula generalna rozsudku w prawie prywatnym, 1. vyd. Warszawa: C. H. Beck, 2007
- Harvánek, J. a kol.: Teorie práva. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004, s. 194
- Zimermann, R. The Law of Obligations, dotisk 1992, Cape Town: Juta and Co. Ltd., 1990, s. 606.

- Holländer, P.: Základy všeobecné státovědy. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, 364 s.,
- Holländer, P.: Filosofie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 s.
- Dvořák, J. Spravedlivá cena. In Lazár, J.: Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe, in Lazár, J, Blaho, P. (eds.) IX. Lubyho právnické dni, Nadácia Štefana Lubyho, Trnava, Právnická fakulta Trnavskej univerzity, 2007, s. 215 a násl.
- Adinolfi, A. The Principle of Reasonableness in European Union Law. In Bongiovanni, G., Sartor, G., Valentini, Ch. (eds.) Reasonableness and law. Dordrecht: Springer, 2009, s. 383.
- Balarin, J.: Poznámky k (absenci) principu dobré víry v návrhu občanského zákoníku. Bulletin advokacie, č. 1-2, 2011, s. 25 a násl.
- Tégl, P.: K úpravě dobré víry v návrhu nového občanského zákoníku. Bulletin advokacie, č. 1-2, 2011, s. 35 a násl.
- Hurdík, J. Rozumnost jako zásada soukromého práva. In Machalová, T. (ed.). Proměny evropského právního myšlení. K odkazu profesora Vladimíra Kubeše. Vyd. 1. Brno: Masarykova Univerzita, 2009. 160 s. ISBN 978-80-210-5009-9.

-

Contact – email

rozboramarian@seznam.cz

DOBŘÉ MRAVY A VRÁCENÍ DARU DLE USTANOVENÍ §630 ZÁKONA Č. 40/1964 SB., OBČANSKÝ ZÁKONÍK

LENKA ŘEHULOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita Brno, Česká republika

Abstract in original language

Níže uvedený příspěvek se zabývá otázkou „chování hrubě porušujícího dobré mravy“ vůči dárci nebo členům rodiny jako jednou ze zákonných podmínek vrácení daru ve smyslu ustanovení §630 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník. První část jest věnována historickému exkurzu právní úpravy vrácení daru a vymezení pojmu dobré mravy v právní teorii a soudní praxi. Jádro příspěvku tvoří část druhá analyzující závadné chování obdarovaného vůči dárci či členům jeho rodiny nejen z hlediska rozsahu a intenzity rozporu s dobrými mravy. V této souvislosti není opomenuta ani rozhodovací činnost Ústavního soudu ČR a Nejvyššího soudu ČR.

Key words in original language

Darovací smlouva, dar, vrácení daru, dobré mravy, hrubé porušení dobrých mravů, rozpor s dobrými mravy, nevděk, dárci, obdarovaný, členové rodiny, rozsah a intenzita závadného chování, promlčení a zánik práva dárci, soudní judikatura, občanský zákoník, rekodifikace občanského práva.

Abstract

The under-mentioned paper is devoted to the issue of behaviour against a donor or his/her family members grossly violating good morals as one of the legal condition of returning a gift according to §630 of the Act No. 40/1964 Coll., Civil Code. The first part is focused on the historical excursion of the legal regulation of return a gift and defining the concept of good morals in the legal theory and judicial practice. The core of this paper is created by the second part analysing gross violation of good morals of a donee against a donor or his/her family members not only in terms of extent and intensity of being contrary to morality. In this connection the judicature of the Constitutional Court and the Supreme Court is performed.

Key words

The deed of gift, gift, return of the gift, good morals, gross violation of good morals, to be contrary to morality, ingratitude, donor/donator, donee, members of the family, extent and intensity of wrongful act, prescription and extinction of the right of donor, judicature, Civil Code, recodification of civil law.

1. ÚVODEM

Výklad institutu dobrých mravů (lat. *boni mores*) se řadí v posledních letech k důležitým otázkám právní teorie a praxe, neboť právo se při svém

působení stále častěji prolíná s vlivem morálky jako normativního systému. Správná interpretace pojmu dobré mravy je rovněž jedním z prostředků k dosažení římskoprávní idey *aequitatis*.¹

Stěžejní význam pro korektní interpretaci a aplikaci pojmu dobré mravy v občanském právu má vztah ustanovení §3 odst. 1 a §39 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník v platném znění. Dobré mravy jsou ovšem obsaženy i v normách tohoto zákona speciální povahy, s nimiž je spojován specifický následek přímo v nich uvedený, a to v případě, nastane-li situace, která se dobrým mravům příčí. Takovýmto případem je i ustanovení §630 občanského zákoníku upravující zvláštní způsob zániku smluvního závazkového vztahu ze smlouvy darovací s účinky *ex nunc*, a to vrácení daru pro hrubé porušení dobrých mravů.

V praxi se velmi často setkáváme s případy, kdy se dárce po obdarovaném domáhá vrácení daru, avšak většinou se nejedná o tak závadná jednání, která by naplňovala onu zákonnou podmínku vrácení daru spočívající v chování obdarovaného k dárce nebo členům jeho rodiny, hrubě porušujícím dobré mravy; nutným následkem je pak ztráta sporu. Jak na otázku hrubého porušení dobrých mravů ve smyslu ustanovení §630 občanského zákoníku tedy teorie a praxe pohlíží?

2. KRÁTKÉ OHLÉDNUTÍ DO HISTORIE

Císařský patent č. 946/1811 ř.z. (Obecný zákoník občanský) upravil darování v ustanovení §§938 až 956 a samotný institut vrácení daru byl pak zakotven v ustanoveních §§946 až 954: „*Smlouvy o darování nelze zpravidla odvolati.*“ Výjimky, které zakládaly v našem pojetí právo na vrácení daru, zákoník stanovil takto: „*1. nouze, 2. nevděk, 3. zkrácení povinné výživy, 4. zkrácení povinného podílu, 5. zkrácení věřitelů a 6. děti potomně narozené.*“ Z pohledu analýzy hrubého porušení dobrých mravů, je dle mého názoru rozhodná výjimka druhá. Obecný občanský zákoník obsahoval obecnou definici pojmu hrubý nevděk v ustanovení §948; jednalo se o skutkové postaty úmyslných trestných činů a pokud obdarovaný některou ze skutkových podstat naplnil, stal se nepoctivým držitelem věci a dárce byl oprávněn odvolat dar soudní žalobou. Ani ostatní výjimky nebyly bez návaznosti na jednání *contra bonos mores*, ovšem v oněch případech na straně dárce nikoliv obdarovaného.

Ve stejném duchu navazuje na shora zmiňovaný císařský patent i právní úprava obsažená v zákoně č. 141/1950 Sb., občanský zákoník. V ustanovení §386 se dočítáme, že „*dárce může darovací smlouvu zrušit, dopustí-li se obdarovaný úmyslného trestného činu proti dárce, jeho manželovi, dětem*

¹ K tomu blíže viz BLAHO, P: *Aequitatis* ako correctio iuris v římskom súkromnom práve. In: *Slušnosť v práve* (sborník z konference). Právnická fakulta Univerzity Komenského: Bratislava, 1993, s. 97-109.

nebo rodičům.“ Oproti císařskému patentu dochází k rozšíření okruhu osob, proti nimž může být namířeno jednání naplňující skutkovou podstatu úmyslného trestného činu.

Vrácení daru v zákoně č. 40/1964 Sb., občanský zákoník bylo nejprve zakotveno v ustanovení §409: „*Dárce se může domáhat vrácení daru, jestliže se obdarovaný chová k němu nebo členům jeho rodiny tak, že tím hrubě porušuje pravidla socialistického soužití.*“ Novela občanského zákoníku, zákon č. 509/1991 Sb., s účinností od 1. 1. 1992 nahradila dosavadní ustanovení §409 ustanovením §630, kdy v kontextu dané doby pravidla socialistického soužití vystřídal námi zkoumané dobré mravy.

Z uvedeného plyne, že dárce oproti současné právní úpravě, jež bude vzápětí podrobena bližšímu rozboru, byl oprávněn požadovat vrácení daru jen v explicitně daném jednání obdarovaného, vykazujícím znaky skutkové podstaty úmyslného trestného činu.

3. VRÁCENÍ DARU A HRUBÉ PORUŠENÍ DOBRÝCH MRAVŮ DLE UST. §630 OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU

3.1 ZÁKONNÉ PODMÍNKY VRÁCENÍ DARU

Jak jsme již shora uvedli, ustanovení §630 občanského zákoníku zakládá právo dárce domáhat se vrácení daru, chová-li se obdarovaný k němu nebo členům jeho rodiny tak, že tím hrubě porušuje dobré mravy. Právní úkon dárce může být učiněn jakoukoliv formou, kdy není vyloučeno, aby tento jednostranný adresovaný právní úkon byl obsažen přímo v žalobě. Zároveň však zákon vrácení daru soudním rozhodnutím nepodmiňuje, což znamená, jsou-li splněny hmotněprávní podmínky dle citovaného ustanovení, obnovuje se vlastnické právo dárce k darované věci a obdarovaný jako neoprávněný držitel je povinen věc vydat.² Využije-li dárce svého oprávnění, zaniká darovací vztah okamžikem, kdy projev jeho vůle došel obdarovanému.³

Předpokladem zániku darovacího vztahu je tedy existence dvou po sobě následujících právních skutečností:

- a) hrubého porušení dobrých mravů chováním vůči dárce nebo členům jeho rodiny a

² Srov. odlišné názory viz MIKEŠ, J., ŠVESTKA, J.: Nad základními otázkami vrácení daru dárce. Právní rozhledy. 2002. roč. 10, č. 4, s. 155-200 a GROBELNÝ, P.: K žalobě na vrácení daru. Právní rozhledy. 2002, roč. 10, č. 10, s. 502-505.

³ Je-li jednostranný právní úkon dárce obsažen v žalobě, právní vztah pak zaniká až doručení žaloby obžalovanému; z textu žaloby musí být ovšem tento hmotněprávní úkon zjištělný. Blíže k tomu viz ŠVESTKA, J., SPÁČIL, J., ŠKÁROVÁ, M., HULMÁK, M: Občanský zákoník. Komentář. II. díl. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2009, s. 1800.

b) jednostranného právního úkonu dárce adresovaného obdarovanému.

Nadále se budeme zabývat pouze analýzou zákonné podmínky vrácení daru uvedené pod bodem a).

3.2 POJEM DOBRÉ MRAVY

Abychom se mohli blíže věnovat otázce chování hrubě porušujícího dobré mravy, je třeba se alespoň krátce zastavit u pojmu dobrých mravů jako takových, navíc nejsou-li zákonem nikterak definovány. O vymezení pojmu dobrých mravů usiluje svědomitě teorie i praxe. Jedním z pohledů je výklad dobrých mravů jako *souboru osvědčených, dlouhodobě užívaných obecně uznávaných a společenské vztahy stabilizujících pravidel chování*.⁴ Nad rámec tohoto vymezení nutno ovšem dodat, že dobré mravy v sobě taktéž zahrnují prvek uvědomění si takového jednání. Jako *obecně uznávané minimum společenských hodnot* jsou dobré mravy chápány J. Salačem⁵, kdy Z. Grus k tomu dodává, že *mravní aspekty soukromého práva mohou být definovány pouze prostřednictvím jednotlivých případů s odkazem na princip rovnosti, ze kterého je možno dovodit, že ve shodných případech by mělo být rozhodováno shodně, jelikož „právo dobrých mravů“ je právem soudcovským*.⁶ S důrazem na filozofický aspekt pojmu se věnuje výkladu dobrých mravů rovněž B. Havel⁷, J. Hurdík nebo již zmiňovaný O. Hein.

K hlubšímu objasnění pojmu dobrých mravů přispěla rovněž judikatura, a to nejen Ústavního soudu ČR, Nejvyššího soudu ČR, ale i soudů obecných. Definici dobrých mravů v právním slova smyslu podal Ústavní soud ČR ve svém nálezu ze dne 26. února 1998, sp. zn. II. ÚS 249/97 takto: „*Dobré mravy jsou souhrnem etických, obecně zachovávaných a uznávaných zásad, jejichž dodržování je mnohdy zajišťováno i právními normami tak, aby každé jednání bylo v souladu s obecnými morálními zásadami demokratické společnosti. Tento obecný horizont, který vývojem společnosti rozvíjí i svůj morální obsah v prostoru a času, musí být posuzován z hlediska konkrétního případu také právě v daném čase, na daném místě a ve vzájemném jednání účastníků právních vztahů.*“ Ústavní soud jako orgán ochrany ústavnosti se taktéž explicitně vyjádřil k obsahu a uplatnění zásady ochrany dobrých

⁴ HEIN, O.: Dobré mravy. Právní rádce. 2004, roč. 12, č. 12, s. 71-79

⁵ Více viz SALAČ, J.: Rozpor s dobrými mravy a se zákonným zákazem. Právní rozhledy. 2002, roč. 10, č. 6. S. 252.

⁶ GRUS, Z.: Dobré mravy ve světle publikované judikatury. Právní rozhledy. 2004, roč. 12, č. 3, s. 115.

⁷ HAVEL, B.: Dobré mravy a poctivý obchodní styk. Právník. 2001, roč. 10, č. 1, s. 37-86 nebo HAVEL, B.: K aplikovatelnosti dobrých mravů v obchodním styku. Obchodní právo. 2001, roč. 10, č. 2, s. 11-15.

mravů⁸ v otázkách, které bychom mohli rozčlenit do čtyř okruhů, a to v otázkách vztahů z obligačních smluv, jejichž obsah se přičítá dobrým mravům (§39 odst. 1 občanského zákoníku)⁹, výkonu práva v rozporu s dobrými mravy (§3 odst. 1 občanského zákoníku)¹⁰, restitučních sporů¹¹ a dobrých mravů soutěže¹². Z rozhodovací praxe Nejvyššího soudu zmíníme zejména rozsudek ze dne 27. 11. 2003, sp. zn. 30 Cdo 664/2002, ve kterém soud o dobrých mravech hovoří jako o *měřítku hodnocení konkrétních situací, odpovídajícím obecně uznávaným pravidlům slušnosti v souladu s obecnými morálními zásadami demokratické společnosti*.¹³ Z uvedeného lze shrnout, že dobré mravy jako korektiv nepřiměřené tvrdosti pozitivního práva nutno posuzovat individuálně v daném čase a místě s přihlédnutím ke všem okolnostem a povaze konkrétního případu, přičemž nezáleží tolik na subjektivním názoru jednotlivce, jako na hodnocení společenském, objektivizovaném.¹⁴

3.3 HRUBÉ PORUŠENÍ DOBRÝCH MRAVŮ. ROZSAH A INTENZITA ZÁVADNÉHO JEDNÁNÍ.

Stejně jako občanský zákoník blíže nespecifikuje dobré mravy, ani neuvádí, co se považuje za hrubé porušení dobrých mravů, což pak s sebou v praxi přináší mylnou představu společnosti o charakteru jednání obdarovaného zakládající právo dárce na vrácení daru. Soudy pak zde mají složitou úlohu

⁸ J. Wintr subsumuje ochranu dobrých mravů pod princip zákazu zneužití práv a toto pojetí jest citelné právě i v judikatuře Ústavního soudu ČR. Blíže viz WINTR, J.: Říše principů. Obecné odvětvové principy českého práva. Praha: Karolinum, 2006, s. 146.

⁹ Např. usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 3. 5. 2006, sp. zn. III. ÚS 649/05 (přiměřenost smluvní pokuty), náleží Ústavního soudu ČR ze dne 3. 10. 2007, sp. zn. 594/07 (přiměřenost paušální odměny advokáta), usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 3. 1. 2007 anebo sp. zn. III. ÚS 729/06 (k obsahu inominátní smlouvy z pohledu dobrých mravů).

¹⁰ Např. náleží Ústavního soudu ČR ze dne 4. 8. 1999, sp. zn. IV. ÚS 114/99 (vlastník versus neoprávněný uživatel), náleží Ústavního soudu ČR ze dne 2. 4. 2001, sp. zn. IV. ÚS 22/01 (spoluvlastnické vztahy), náleží Ústavního soudu ze dne 15. 1. 1997, sp. zn. II. ÚS 309/95 (námitka promlčení) anebo náleží Ústavního soudu ČR ze dne 26. 10. 2006, sp. zn. I. ÚS 401/06 (výživné na rozvedenou manželku).

¹¹ Např. Nález Ústavního soudu ČR ze dne 5. 8. 2004, sp. zn. I. ÚS 77/03 (lhůta pro uplatnění restitučního nároku po zrušení podmínky trvalého pobytu) anebo náleží Ústavního soudu ČR ze dne 3. 6. 2008, sp. zn. IV. ÚS 581/06 (náhrada za zhodnocení restituovaných nemovitostí).

¹² Např. náleží Ústavního soudu ČR ze dne 7. 5. 2009, sp. zn. I. ÚS 523/07 (pocitivý obchodní styk) anebo náleží Ústavního soudu ČR ze dne 11. 9. 2009, sp. zn. IV. ÚS 27/09 (nekalosoutěžní jednání).

¹³ Dále srov. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 17. 5. 2001, sp. zn. 20 Cdo 263/2001 nebo usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. 10. 2000, sp. zn. 30 Cdo 1842/2000.

¹⁴ K pojmu dobrých mravů blíže CHALUPA, L.: Výklad institutu dobrých mravů. Právní rozhledy. 1999, roč. 7, č. 11, s. 569-573 nebo SPÁČIL, J.: Dobré mravy v českém občanském zákoníku a v judikatuře. Právní rozhledy. 2004, roč. 12, s. 664-668.

spočívající ve zkoumání objektivních důvodů, kteréžto by zakládaly povinnost obdarovaného dar vrátit a odlišily je od subjektivních pocitů amorálního chování obdarovaného, jak to dárce může vnímat, zhorší-li se vztahy s obdarovaným.¹⁵

Nutno konstatovat, že z ustanovení §630 občanského zákoníku nevyplývá, že by závadné jednání obdarovaného vůči dárce nebo členům jeho rodiny muselo z hlediska intenzity a rozsahu dosahovat takového stupně závažnosti, abychom hovořili o trestněprávní nebo správněprávní odpovědnosti obdarovaného, avšak zároveň se nebude jednat ani o jakékoliv nevhodné chování nebo pouhý nevděk obdarovaného.

Ne v každém případě a nikoliv pouze trestný čin a přestupek zakládá důvod pro vrácení daru¹⁶. Kdyby to tak skutečně zákonodárce zamýšlel, pak bychom v dikci ustanovení §630 občanského zákoníku zcela jistě našli výslovnou úpravu, jak byla obsažena v ustanovení §386 zákona č. 141/1950 Sb. Na druhou stranu ne každé jednání postižitelné dle norem trestního práva, bude vést k naplnění zákonné podmínky vrácení daru uvedené shora pod bodem a). Zcela určitě tomu tak nebude např. u **nedbalostního trestného činu** ublížení na zdraví, které naplnil svým jednáním obdarovaný, když jako řidič zavinil dopravní nehodu, při níž byl dárce jako spolujezdec zraněn. Naopak trestný čin zanedbání povinné výživy, dle zavinění rovněž nedbalostní, znaky chování hrubě porušujícího dobré mravy ve smyslu ustanovení §630 občanského zákoníku zjevně naplňovat bude. Třebaže se na první pohled zdá, že **úmyslný trestný čin** obdarovaného vůči dárce nebo členům jeho rodiny bude zakládat důvod vrácení daru vždy, praxe poukazuje na opak. Například vyprovokuje-li dárce obdarovaného, v důsledku čehož obdarovaný spáchá trestný čin, bude nutné zhodnotit, zda dárce tvrzené důvody pro vrácení daru jsou právně relevantním důvodem směřujícím k vrácení daru a domáhání se splnění restituční povinnosti. Neznamená to současně, že by snad takový trestný čin obdarovaného měl být jakkoliv bagatelizován. Vždy tedy stran nejen trestněprávního jednání, bude záležet na okolnostech konkrétního případu a unesení důkazního břemene dárce v případném soudním jednání.¹⁷ Neméně důležité bude posouzení vzájemného vztahu mezi dárce a obdarovaným a zohlednění osobních, rodinných a majetkových poměrů zúčastněných, jakož i předmětu darování.

¹⁵ Důvody zhoršení mohou být zapříčiněny i samotným jednáním dárce či jeho očekáváním, že z vděčnosti k němu, se bude obdarovaný chovat podstatně lépe, než je obvyklé.

¹⁶ Bylo-li pravomocné rozhodnutí příslušným orgánem vydáno, je soud v občanskoprávním řízení samozřejmě vázán rozhodnutím o tom, že byl trestný čin nebo přestupek spáchán a kdo jej spáchal (§135 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád).

¹⁷ K tomu blíže VRCHA, P.: Vrácení daru – hmotněprávní důvody vrácení daru. Právní rádce. 1997, roč. 5, č. 12, s. 6.

Odhlédneme-li od jednání naplňujícího znaky skutkové podstaty trestného činu nebo přestupku, je tu celá řada dalších závadných podob chování obdarovaného, jež mohou kolidovat s dobrými mravy – např. hrubé a soustavné verbální urážky, napadání či odmítání nezbytné pomoci ve stáří. V těchto případech se však musí vždy jednat o takové závadné jednání obdarovaného vůči dárci nebo členům jeho rodiny, kteréžto z hlediska svého rozsahu a intenzity nevzbuzuje žádné pochybnosti o hrubém (nikoliv běžném) rozporu s dobrými mravy.¹⁸ Právní teorie a praxe hledala zejména v 90. letech minulého století měřítko stran onoho závadného jednání obdarovaného na jiných místech občanského zákoníku a jistý návod spatřovala v ustanovení §469a zakotvující institut vydědění. Dle tohoto ustanovení, pomineme-li důvod odsouzení potomka pro úmyslný trestný čin, může zůstavitel vydědit svého potomka, *neposkytne-li v rozporu s dobrými mravy zůstaviteli potřebnou pomoc ve stáří, nemoci nebo jiných závažných případech, neprojevuje-li o zůstavitele trvale zájem, který by jako potomek projevovat měl a vede-li trvale nezřízený život*. Předmětné ustanovení nám může být nápomocno, ovšem nelze jej paušálně ve vztahu k ustanovení §630 občanského zákoníku přejímat, neboť ne každý důvod pro vydědění musí být důvodem pro vrácení daru. O mnoho bližší se mi jeví ustanovení § 469 občanského zákoníku upravující tzv. dědickou nezpůsobilost: „*Nedědí, kdo se dopustil úmyslného trestného činu proti zůstaviteli, jeho manželu, dětem nebo rodičům anebo zavrženíhodného jednání proti projevu poslední vůle zůstavitelovy. Může však dědit, jestliže mu zůstavitel tento čin odpustil.*“

Oproti stavu v 90. letech minulého století, kdy nezbylo než mimo zmíněné hledat odpovědi stran posouzení závadného jednání v předválečné judikatuře¹⁹, nám situaci v posledním desetiletí usnadnil svými rozhodnutími Nejvyšší soud ČR. Zcela průlomovým rozhodnutím ve věci vymezení chování hrubě porušujícího dobré mravy se stal rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 23. 1. 2001, sp. zn. 29Cdo 228/2000, který konstatoval: „*Předpokladem úspěšného uplatnění práva dárce na vrácení daru není jakékoliv nevhodné chování obdarovaného nebo pouhý nevděk,*

¹⁸ Jednat proti dobrým mravům není ještě totéž, jako hrubě porušit dobré mravy – hrubé porušení dobrých mravů se musí projevit specifickým druhem chování proti konkrétní osobě. K tomu např. BRUK, D.: Vrácení nemovitého daru. Právní rádce. 1996, roč. 4, č. 8, s. 7 a násl., ŠUBRTOVÁ, J.: Důvody vydědění. Ad notam. 1999, roč. 5, č. 5, s. 65-69 nebo TOMEK, M.: Vydědění. Právní rádce. 2008, roč. 16, č. 3, s. 68-71.

¹⁹ Mezi důvody nezakládající právo na vrácení daru bez dalšího se řadily např. nepořádný život, hazardní hry, cizoložství spáchané v tísnivém stavu či dopustil-li se cizoložství nejen obdarovaný, ale i dárci. Naopak dopustil-li se obdarovaný proti svému dobrodinci hrubého nevděku, mohl být dar odvolán. Hrubou nevděčností se rozumělo ublížení na těle, na cti, na svobodě nebo na majetku, která byla toho druhu, že bylo možné proti pachateli zakročit podle trestního zákona z moci úřední nebo na žádost toho, komu bylo ublíženo. Z hlediska procesního postačovalo, byl-li pachatel trestně stíhán, nerozhodný byl výsledek onoho trestního stíhání, tedy potenciální odsouzení pachatele.

ale takové chování, které s ohledem na všechny okolnosti konkrétního případu lze kvalifikovat jako hrubé porušení dobrých mravů. Obvykle jde o porušení značné intenzity nebo o porušování soustavné, a to ať už fyzickým násilím, hrubými urážkami, neposkytnutím potřebné pomoci apod. Ne každé chování, které není v souladu se společensky uznávanými pravidly slušného chování ve vzájemných vztazích mezi lidmi, naplňuje znaky § 630 občanského zákoníku, nýbrž předpokladem aplikace tohoto ustanovení je kvalifikované porušení morálních pravidel konkrétním chováním obdarovaného, jehož stupeň závažnosti je hodnocen podle objektivních kritérií, a nikoliv jen podle subjektivního názoru dárce. Dárce se jako důvodu k vrácení daru nemůže dovolávat skutkových okolností, jež nastaly či existovaly v době před darováním a za nichž byl právní úkon učiněn a o nichž obě strany při uzavírání smlouvy věděly.“²⁰ K tomu Nejvyšší soud ČR v usnesení ze dne 29. 7. 2009, sp. zn. 33 Cdo 1406/2007 dodává: „...toto chování z hlediska svého rozsahu a intenzity a při zohlednění vzájemného jednání účastníků právního vztahu nevzbuzuje z hlediska společenského, objektivizovaného, pochybnosti o hrubé kolizi s dobrými mravy.“

Z uvedeného plyne, že samotná jediná slovní urážka učiněná obdarovaným na adresu dárce, byť není pochyb o porušení základních morálních pravidel, postrádá předpoklad soustavnosti závažného jednání a jako taková tedy nebude důvodem pro vrácení daru.²¹ Jiná situace nastane, jestliže by se takové urážky opakovaly. Na základě korektní interpretace shora předestřené právní věty rozhodl Nejvyšší soud ČR zamítnutím dovolání dárce, kteří spatřovali chování hrubě porušující dobré mravy v tom, že obdarovaná nesplnila závazek zřídit smluvně ve prospěch dárce věcné břemeno bezplatného doživotního bydlení a užívání darovaných nemovitostí za situace, kdy dárce odmítl akceptovat nabídku obdarované zřídit v jejich prospěch věcné břemeno v rozsahu respektujícím jejich dosavadní užívání nemovitostí. Nejvyšší soud ČR správně vyhodnotil, že okolnost nevyvinutí většího úsilí ze strany obdarované nelze posuzovat jako chování hrubě porušující dobré mravy a nelze taktéž přičítat k tíži obdarované, že nevyhověla žádosti dárce o zřízení věcného břemena i ve prospěch jejich dvou synů.²² Ke shora uvedenému jest třeba dodat, že z hlediska subjektu hrubě porušujícího dobré mravy se musí jednat vždy a pouze o obdarovaného. Důvodem k vrácení daru tak není chování, jímž zákonný zástupce nezletilého obdarovaného hrubě porušuje dobré mravy vůči dárce.²³

²⁰ Totéž viz rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 27. 2. 2001, sp. zn. 29 Cdo 1708/2000.

²¹ Takovým případem je i ojedinělý konflikt, při němž dojde k zranění dárce ošetřeného lékařem, nebyla-li zjištěna příčina sporu mezi dárce a obdarovaným, ani to, zda tento konflikt obdarovaný zavinil.

²² Více viz rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 24. 7. 2008, sp. zn. 33 Cdo 557/2008.

²³ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 12. 2. 2004, sp. zn. 33 Odo 1192/2003: „...nelze jednání matky nezletilé žalované (obdarované) spočívající v podání trestního oznámení na

Jde-li o činnost Ústavního soudu ČR jako orgánu ochrany ústavnosti, pouze uvedme, že tento se námi zkoumanou problematikou zabíral toliko jednou, a to pouze okrajově, kdy v souvislosti s právem na spravedlivý proces dal za pravdu stěžovateli (dárkyni), jejíž navržené důkazní listiny prokazující hrubé porušení dobrých mravů, obecné soudy ve svých rozhodnutích vůbec nezhodnotily, aniž by tento svůj postup jakkoliv zdůvodnily.²⁴

3.4 ČLENOVÉ RODINY DÁRCE. PROMLČENÍ A ZÁNİK PRÁVA DÁRCE.

Okruh osob, proti nimž může být namířeno jednání hrubě porušující dobré mravy je vymezen v ustanovení §630 občanského zákoníku jako „*dárce a členové rodiny*“. Do pojmu „*členové rodiny*“ je nutno ve světle soudobé judikatury zahrnout rovněž vztah příbuzných v řadě přímé, kterými jsou nejen rodiče a děti, ale také prarodiče a vnuci, popřípadě i pravnuci. Nejvyšší soud ČR²⁵ v jednom ze svých rozhodnutí vychází s obezřetností z nejbližší úpravy obdobné pojmu rodina, a to z ustanovení §116 občanského zákoníku, který určuje pojem osoby blízké. Osobou blízkou je ovšem nejen příbuzný v řadě přímé, sourozenec a manžel, ale taktéž jiné osoby v poměru rodinném nebo obdobném, jestliže by újmu, kterou utrpěla jedna z nich, druhá důvodně pociťovala jako újmu vlastní. Tyto osoby do pojmu členové rodiny lze zahrnout pouze ve výjimečných případech, pokud by dárce jejich újmu důvodně pociťoval jako újmu vlastní (např. teta, strýc, snacha, zeť, tchýně či tchán a za určitých okolností, dle mého názoru, i druh a družka). Zásadně je pak nutno interpretovat ustanovení §630 občanského zákoníku restriktivně, neboť obsah pojmu „*člen rodiny*“ a „*osoba blízká*“ není totožný, nýbrž užší.²⁶ Ústavní soud je přesvědčen, že právě v rodině jako základu společnosti se musí dobré mravy (poctivost, čestnost, vzájemná úcta a zejména úcta k rodičům) mezi členy rodiny kultivovat a orgány veřejné moci, soudy zvláště, k tomu musí svými rozhodnutími přispívat.

Z časového hlediska může k chování hrubě porušujícího dobré mravy dojít v kterémkoliv období od uzavření smlouvy a dárce se může domáhat vrácení daru bez časového omezení.²⁷ Vzhledem k tomu, že jde o majetkové právo, promlčuje se ve lhůtě uvedené v ustanovení §101 občanského zákoníku (tři roky) a tato počíná běžet od doby, kdy chování obdarovaného

dárce přičíst žalované a dovozovat z něj, že jím žalovaná porušila dobré mravy. Kritériem hrubého rozporu s dobrými mravy lze poměřovat pouze jednání, které se žalovaná (obdarovaná) vůči žalobci (dárce) dopustila sama.“

²⁴ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 5. 1. 2005, sp. zn. IV. ÚS 201/04.

²⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 29. 4. 2003, sp. zn. 3 Odo 134/2003.

²⁶ Srov. KAPITÁN, Z.: Darovací smlouva a problematika vrácení daru. Časopis pro právní vědu a praxi. 1999, roč. 7, č. 1, s. 68.

²⁷ Blíže viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 2. 1996, sp. zn. 20 Co 72/95.

naplnilo znaky hrubého porušení dobrých mravů, tedy kdy právo mohlo být vykonáno poprvé. Dochází-li k závadnému chování vůči dárci opakovaně, přičemž každé takové chování lze kvalifikovat jako jednání hrubě porušující dobré mravy, lze dospět k závěru, že promlčecí doba počíná až ode dne, kdy došlo k poslednímu závadnému jednání obdarovaného. Mělo-li by chování obdarovaného pokračující charakter, plynula by promlčecí doba od okamžiku, kdy obdarovaný ve svém závadném chování ustal.

Právo žádat vrácení daru je osobním právem dárce, kteréžto zaniká smrtí. Pokud ovšem projev vůle směřující k vrácení daru byl učiněn ještě za života dárce, pak nárok na vydání věci, jež byla předmětem daru, přísluší dědicům. Naopak na dědicích obdarovaného lze nárokovat vrácení daru za předpokladu, že projev dárce směřující k vrácení daru byl vůči obdarovanému učiněn ještě za jeho života.

4. ZÁVĚREM

Ze shora uvedeného plyne, že jednat proti dobrým mravům není ještě totéž jako hrubě porušit dobré mravy a chování hrubě porušující dobré mravy se tak musí projevit specifickou formou proti dárci. Možnost domáhat se vrácení daru by nemělo být institutem svévolně zneužitelným a při jeho aplikaci ze strany dárce by mělo dojít k zohlednění všech souvisejících skutečností v souladu se zásadou jistoty občansko-právního obratu.

Otázka, zda chováním obdarovaného byly hrubě porušeny dobré mravy, je tak především otázkou skutkovou. Pro správné zodpovězení předmětné otázky je proto nezbytné, aby v každém jednotlivém případě bylo hrubé chování obdarovaného nejen dárce tvrzeno (uvedením zcela konkrétních skutečností z důvodů přezkoumatelnosti, zákonnosti a právní jistoty), ale také prokázáno (aktivní a vědomé chování obdarovaného vůči dárci značné intenzity). Nezastupitelnou úlohu při vymezení pojmu chování hrubě porušující dobré mravy v důsledku kusé právní úpravy §630 občanského zákoníku zastává, jak výše patrné, nepochybně konstantní soudní judikatura.

Neúplnost právní úpravy vrácení daru by mohla do jisté míry de lege ferenda odstranit připravovaná rekodifikace občanského práva. Problematiku odvolání daru upravuje nový občanský zákoník podstatně podrobněji v ustanoveních §§ 1986 až 1993; rozlišuje odvolání daru pro nouzi a pro nevděk. Současné „chování hrubě porušující dobré mravy“ nachází nepřímou zakotvení v ustanovení §1990, jenž hovoří o vrácení daru pro nevděk: „*Ublížil-li obdarovaný dárci úmyslně nebo z hrubé nedbalosti tak, že zjevně porušil dobré mravy, může dárce, neprominul-li to obdarovanému, od darovací smlouvy pro jeho nevděk odstoupit.*“ Za nevděk by se rovněž výslovně považovalo i zjevné porušení dobrých mravů vůči osobě obdarovanému blízké (nyní jest dovozováno pouze ze soudní praxe). Nevděk by stavěl obdarovaného do pozice nepoctivého držitele. Právo odvolat dar v takovýchto případech by na rozdíl od odvolání daru pro nouzi přecházelo i na dárce. Dárce by mohl dar pro nevděk odvolat do

jednoho roku ode dne, co obdarovaný dárci ublížil (nyní jest lhůta tříletá), ale dozvěděl-li by se o tom dárce později, pak do jednoho roku ode dne, kdy se o důvodu pro odvolání daru dozvěděl. Dědic by mohl dar odvolat nejpozději do jednoho roku od dárcovy smrti. Ovšem ani plánovaná rekodifikace nepočítá s bližším vymezením pojmu dobré mravy, a to ani v kontextu s institutem vrácení daru, a tak bude třeba i nadále postupovat v intencích výše uvedených za pomoci právní teorie a soudní praxe.

Literature:

Monografie

- Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M: Občanský zákoník. Komentář. II. díl. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2009, s. 1114. ISBN 978-80-7400-108-6.
- Wintř, J.: Říše principů. Obecné odvětvové principy českého práva. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Karolinum, 2006, s. 280. ISBN 80-246-1246-1.

Odborné články

- Blaho, P: Aequitatis ako correctio iuris v rímskom súkromnom práve. In: Slušnosť v práve (sborník z konferencie). Právnická fakulta Univerzity Komenského: Bratislava, 1993, s. 97-109.
- Bruk, D.: Vrácení nemovitého daru. Právní rádce. 1996, roč. 4, č. 8, s. 7. ISSN 1210-4817.
- Grobelný, P.: K žalobě na vrácení daru. Právní rozhledy. 2002, roč. 10, č. 10, s. 502-505. ISSN 1210-6410.
- Grus, Z.: Dobré mravy ve světle publikované judikatury. Právní rozhledy. 2004, roč. 12, č. 3, s. 112-115. ISSN 1210-6410.
- Havel, B.: Dobré mravy a poctivý obchodní styk. Právník. 2001, roč. 10, č. 1, s. 37-86. ISSN 0231-6625.
- Havel, B.: K aplikovatelnosti dobrých mravů v obchodním styku. Obchodní právo. 2001, roč. 10, č. 2, s. 11-15. ISSN 2010-8278.
- Hein, O.: Dobré mravy. Právní rádce. 2004, roč. 12, č. 12, s. 71-79. ISSN 1210-4817.

- Chalupa, L.: Výklad institutu dobrých mravů. Právní rozhledy. 1999, roč. 7, č. 11, s. 569-573. ISSN 1210-6410.
- Kapitán, Z.: Darovací smlouva a problematika vrácení daru. Časopis pro právní vědu a praxi. 1999, roč. 7, č. 1, s. 68-77. ISSN 1210-9126.
- Mikeš, J., Švestka, J.: Nad základními otázkami vrácení daru dárce. Právní rozhledy. 2002. roč. 10, č. 4, s. 155-200. ISSN 1210-6410.
- Salač, J.: Rozpor s dobrými mravy a se zákonným zákazem. Právní rozhledy. 2002, roč. 10, č. 6, s. 251. ISSN 1210-6410.
- Spáčil, J.: Dobré mravy v českém občanském zákoníku a v judikatuře. Právní rozhledy. 2004, roč. 12, s. 664-668. ISSN 1210-6410.
- Šubrtová, J.: Důvody vydědění. Ad notam. 1999, roč. 5, č. 5, s. 65-6. ISSN 1211-0558.
- Tomek, M.: Vydědění. Právní rádce. 2008, roč. 16, č. 3, s. 68-71. ISSN 1210-4817.
- Vrchá, P.: Vrácení daru – hmotněprávní důvody vrácení daru. Právní rádce. 1997, roč. 5, č. 12, s. 4-11. ISSN 1210-4817.

Judikatura

- Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 2. 1996, sp. zn. 20 Co 72/95.
- Nález Ústavního soudu ze dne 15. 1. 1997, sp. zn. II. ÚS 309/95.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 26. 2. 1998, sp. zn. II. ÚS 249/97.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 4. 8. 1999, sp. zn. IV. ÚS 114/99.
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. 10. 2000, sp. zn. 30 Cdo 1842/2000.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 23. 1. 2001, sp. zn. 29Cdo 228/2000.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 27. 2. 2001, sp. zn. 29 Cdo 1708/2000.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 2. 4. 2001, sp. zn. IV. ÚS 22/01.

- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 17. 5. 2001, sp. zn. 20 Cdo 263/2001.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 29. 4. 2003, sp. zn. 3 Odo 134/2003.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 11. 2003, sp. zn. 30 Cdo 664/2002.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 12. 2. 2004, sp. zn. 33 Odo 1192/2003.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 5. 8. 2004, sp. zn. I. ÚS 77/03.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 5. 1. 2005, sp. zn. IV. ÚS 201/04.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 26. 10. 2006, sp. zn. I. ÚS 401/06.
- Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 3. 1. 2007 anebo sp. zn. III. ÚS 729/06.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 3. 10. 2007, sp. zn. 594/07.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 3. 6. 2008, sp. zn. IV. ÚS 581/06.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 24. 7. 2008, sp. zn. 33 Cdo 557/2008.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 7. 5. 2009, sp. zn. I. ÚS 523/07.
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 29. 7. 2009, sp. zn. 33 Cdo 1406/2007.
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 11. 9. 2009, sp. zn. IV. ÚS 27/09.

Právní předpisy

- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

Contact – email

rehulova@ak-online.cz

GOOD MANNERS AS A CORRECTIVE IN MARITAL AND ANTENUPTIAL AGREEMENTS

MONIKA SCHÖN

AK JUDr. Kristiny Škampové, Czech Republic

Abstract in original language

Tento příspěvek se zaměřuje na problematiku současné právní úpravy tzv. předmanželských smluv a smluv uzavíraných mezi manžely, především potom na požadavek souladu ujednání v těchto smlouvách s dobrými mravy (při absenci jiných specifických požadavků na platnost či obsah těchto smluv). Příspěvek se zabývá výkladem pojmu dobré mravy, jejich významu v manželském právu a konkrétními ujednáními, která jsou považována za byvší v rozporu s dobrými mravy. Závěr příspěvku je věnován úvahám o vhodnosti zařazení předmanželských smluv a smluv manželů jako nominálních smluv do občanského zákoníku. Cílem tohoto příspěvku je zhodnocení současné právní úpravy a eventuelní návrh úpravy vhodnější.

Key words in original language

dobré mravy, předmanželská smlouva, smlouva mezi manžely, ochrana slabší strany

Abstract

This essay is focused on the problems of contemporary legal regulation in the matters of antenuptial and marital agreements, before all on the requirement of these agreements' conformity with good manners (with regard to absence of other specific requirements for these agreements' content and validity). The essay deals with the interpretation of the concept of good manners, its consequence in marital law and several specific arrangements which are considered to conflict with good manners. The end of this essay is devoted to consideration dealing with the pertinence of the antenuptial and marital agreements' inclusion as a specific agreements to the Czech Civil Code. This essay's focus is to give the analysis of contemporary legal regulation, eventually also some suggestion of more suitable regulation.

Key words

Good Manners as a Corrective in Marital and Antenuptial Agreements

1. Úprava smluv mezi manžely a předmanželských smluv v českém právu de lege lata

Tento příspěvek se věnuje otázkám smluvních ujednání uzavíraných mezi manžely a mezi osobami, které hodlají manželství uzavřít v budoucnu (tzv. předmanželských smluv), a jejich souladu s dobrými mravy jako jednou

z podmínek platnosti těchto právních úkonů ve smyslu ust. § 39 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku (dále též „o.z.“).

Současná česká právní úprava (narozdíl od úpravy prvorepublikové) neobsahuje výslovnou úpravu smlouvy mezi manžely (či tzv. předmanželské smlouvy) jako typové smlouvy, ačkoli s jejím možným uzavřením explicitně počítá, když v ust. § 143a o.z. či ust. § 147 o.z. připouští možnost smluvního odchýlení se od zákonného režimu společného jmění manželů. Neobsahuje ani žádnou úpravu smlouvy o vypořádání společného jmění manželů, s níž rovněž počítá (srv. ust. § 150 o.z.), či jiné smlouvy na jejímž základě by si manželé mohli mezi sebou upravit vzájemné poměry. De lege lata je tedy výslovně připuštěna úprava některých otázek mezi manžely smluvně (srv. ust. § 2 odst. 3 o.z. a shora uvedená ust. § 143a o.z., § 147 o.z. či § 150 o.z.), není však nijak výslovně upraven nezbytný obsah či zakázaná ujednání. Smlouvy mezi manžely či mezi osobami, které hodlají manželství v budoucnu uzavřít, jsou proto uzavírány jako inomínatní dle ust. § 51 o.z. Tato skutečnost je některými autory kritizována¹. Ačkoli je totiž stávající úpravou na jedné straně dán značný prostor pro autonomii vůle stran, na straně druhé však důvodně vyvstávají pochybnosti ohledně platnosti některých ujednání v těchto smlouvách.

Na otázku platnosti smluv uzavíraných mezi manžely či mezi osobami, které mají v úmyslu manželství uzavřít, je při absenci jiné právní úpravy nezbytné aplikovat pouze obecné požadavky platnosti kteréhokoli právního úkonu.

Jedním z těchto požadavků je potom dle ust. § 39 o.z. též soulad obsahu a účelu právního úkonu s dobrými mravy (resp. absence jeho rozporu s dobrými mravy). A právě souladem ujednání mezi manžely či mezi osobami, které manželství plánují uzavřít, s dobrými mravy, se proto blíže zabývá tento příspěvek.

2. Pojem dobrých mravů

Nejprve je třeba se zabývat otázkou vymezení samotného pojmu dobrých mravů. Český o.z. legální definici neobsahuje (stejně jako další evropské

¹ Srv. např. Králíčková, Z. Předmanželská smlouva de lege lata a rekodifikace českého rodinného práva. In *Právní rozhledy*, č. 6, 2003, s. 263 an.

soukromoprávní kodexy²). Ani v judikatuře dosud není pojetí dobrých mravů jednoznačně ustáleno³.

K bližšímu pochopení smyslu zakotvení institutu dobrých mravů a přiznání jeho právní relevance je nezbytné zkoumat, jakým způsobem a proč se tento institut objevil v (psaném) právu.

Kořeny právní úpravy je zřejmě nutno hledat ve starém Římě. Tehdejší právní praxe ukázala, že některé jednání, ač je v souladu s platným právem, má důsledky, které se jeví jako nepřijatelné z hlediska obecné spravedlnosti a morálky. Z tohoto důvodu začali římsí právníci odkazovat na dobré mravy jako na korektiv sblížení formálního uplatňování právních norem s požadavky na odstranění tvrdosti, asociálnosti a amorálnosti v právu⁴.

Nezbytnost odepření ochrany jednání v rozporu s dobrými mravy jako jednání, které je sice v souladu se zákonem (s právem), avšak jeho důsledek je takový, že jej normotvůrce nepředvídal, převzaly též velké kodifikace 19.století⁵.

Obecný zákoník občanský z roku 1811 (dále též „o.z.o.“) původně neupravoval neplatnost smluv, které jsou pro svůj obsah či účel v rozporu s dobrými mravy, avšak později (počátkem 20. století) došlo k zařazení této úpravy do ust. § 879 (dále potom v ust. § 1295 odst. 2 o.z.o. bylo upraveno též zneužívání práva a škoda způsobená jednáním proti dobrým mravům). Zákonodárce tím explicitně vyjádřil svoji vůli nepřiznat právní účinky jednání, které – byť v souladu se zákonem – se přičí dobrým mravům.

Prvorepubliková komentářová literatura se velmi podrobně zabývala vztahem jednání, které je v rozporu se zákonem, a jednání, které je v rozporu s dobrými mravy, a dále otázkou, zda je třeba speciálně upravovat význam (důsledek) jednání v rozporu s dobrými mravy. Takto Rouček a Sedláček dospěli k závěru, že hranice mezi jednáním protiprávním a jednáním proti dobrým mravům je plynulá a že soudce má možnost volné úvahy zařadit reprobované jednání buď do jedné či do druhé kategorie.

² Srv. např. německý Bürgerliches Gesetzbuch z roku 1896, či rakouský Ausführliches Bürgerliches Gesetzbuch z roku 1811.

³ Srv. Hurdík, J., Lavický, P. Systém zásad soukromého práva, 1. dotisk 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 125.

⁴ Srv. Hurdík, J. Zásady soukromého práva, 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1998, s. 74 an.

⁵ Hurdík, J. Zásady soukromého práva, 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1998, s. 75.

Dobré mravy jsou dle Roučka a Sedláčka velkým příkazem soudci, aby soudil *praeter legem*, ale v reprobaci může jít též *contra legem*⁶.

Kubeš potom uvádí, že dobré mravy jsou ty, které se ve společnosti obecně se považují za dobré a které odpovídají ideálu člověka a národa⁷. Dle Krčmáře je nutno dobré mravy zjistit podle typických názorů lidí, kteří žijí v téže době na témže místě a náležejí k témuž stavu nebo téže společenské třídě⁸. Bez zajímavosti jistě není, že všechny citované interpretace jsou značně široké a vyhýbají se konkrétnímu vymezení.

Socialistické kodexy (občanský zákoník z roku 1950 a z roku 1964) byly charakteristické svým důrazem na sféru rozporu se zákonem. Pojem dobré mravy byl nahrazen pojmem obecný zájem, který se měl vyjma jiného označení výrazně odlišovat svým obsahem od dobrých mravů kapitalistické společnosti⁹.

V roce 1991 došlo novelou o.z. k opětovnému zařazení institutu dobrých mravů do o.z. Hurdík uvádí, že přístup soudů k dobrým mravům jako korektivům formálnosti, jednostrannosti a nespravedlnosti byl zpočátku spíše rezervovaný (snad kvůli liberálnímu myšlení, které naši společnost tehdy ovládlo), postupně se však prosazuje přesvědčení, že dobré mravy reprezentují významné společenské hodnoty, které mají v soukromém právu své nezastupitelné místo¹⁰ (i zde je hodno povšimnutí široké pojetí institutu dobrých mravů).

V judikatuře i odborné literatuře se objevily opakované pokusy o definování pojmu dobré mravy¹¹ (a vzápětí potom kritiky těchto pokusů¹²).

⁶ Rouček, F., Sedláček, J. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl pátý, reprint původního vydání, Praha: ASPI Publishing, s.r.o., 2002, s. 706.

⁷ Kubeš, V. Smlouvy proti dobrým mravům, s. 177, cit. dle Rouček, F., Sedláček, J. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl pátý, reprint původního vydání, Praha: ASPI Publishing, s.r.o., 2002, s. 706.

⁸ Krčmář, J. Právo obligační, 3. vyd., s. 342, cit. dle Rouček, F., Sedláček, J. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, reprint původního vydání, Praha: ASPI Publishing, s.r.o., 2002, s. 706.

⁹ Srv. Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 184 – 185.

¹⁰ Hurdík, J. Zásady soukromého práva, 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1998, s. 82.

¹¹ Tak např. z usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 5.10.2000, spis. zn. 30 Cdo 1842/2000 se podává, že právní úkon se přičítá dobrým mravům, pokud nerespektuje některou ze souhrnu společenských, kulturních a mravních norem, jež v historickém vývoji osvědčují

Někteří autoři¹³ však zastávají názor, že pojem dobré mravy definován být vůbec nemá, že absence legální definice tohoto pojmu je opodstatněná a že ji nelze považovat za opomenutí zákonodárce. Spáčil ve vztahu k institutu dobrých mravů uvádí, že praxe intuitivně chápe, o co jde, i když uspokojivé teoretické vymezení chybí¹⁴. Hurdík a Lavický jsou toho názoru, že dobré mravy jsou z hlediska pojmu charakterizovány svou nedefinovaností a nedefinovatelností, přičemž tato skutečnost byla postupně přijata a je respektována zákonodárcem i judikaturou¹⁵.

Český Ústavní soud definoval pojem dobré mravy ve svém nálezu ze dne 26.2.1998, spis. zn. II. ÚS 249/1997, a to jako souhrn etických, obecně zachovávaných a uznávaných zásad, jejichž dodržování je mnohdy zajišťováno i právními normami tak, aby každé jednání bylo v souladu s obecnými morálními zásadami demokratické společnosti. Tento obecný horizont, který vývojem společnosti rozvíjí i svůj morální obsah v prostoru a čase, musí být posuzován z hlediska konkrétního případu také právě v daném čase, na daném místě a ve vzájemném jednání účastníků právního vztahu. Ústavní soud tím zdůraznil etické a mravní aspekty pojmu dobré mravy. Hodno povšimnutí je, že Ústavní soud připustil, že ne vždy se dobré mravy uplatní prostřednictvím práva (srv. ...je mnohdy zajišťováno...). Dále je nutno si povšimnout, že výklad pojmu dobré mravy není neměnný, ale vyvíjí se v prostoru a v čase (což je zřetelné právě například v pojetí dobrých mravů ve vztazích mezi manžely a v rodinném právu obecně, jak bude popsáno dále).

Dalším známým pokusem o vyložení pojmu dobré mravy je formulace německého Říšského soudu, který jako měřítko dobrých mravů zvolil úsudek každého poctivě a spravedlivě smýšlejícího člověka¹⁶. Ačkoli rovněž pojmy „poctivost“ a „spravedlnost“ (obdobně jako pojem „dobré mravy“) nemohou být s konečnou platností definovány, přesto snad v konkrétním

jistou neměnnost, vystihují podstatné historické tendence, jsou sdíleny rozhodující částí společnosti a mají povahu norem základních.

¹² Např. Grus, Z. Dobré mravy ve světle publikované judikatury. In *Právní rozhledy*, 2004, č. 3, s. 112 an. Dále též Hurdík, J. *Zásady soukromého práva*, 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1998, s. 80 an.

¹³ Např. Hurdík – srv. Hurdík, J. *Zásady soukromého práva*, 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1998, s. 79. Dále je též hodný povšimnutí výrok Randův, jak jej cituje Spáčil, totiž že *omnis definitio in iure civili periculosa*. Srv. Spáčil, J. Dobré mravy v českém občanském zákoníku a v judikatuře. In *Právní rozhledy*, 2004, č. 18, s. 665.

¹⁴ Srv. Dobré mravy v českém občanském zákoníku a v judikatuře. In *Právní rozhledy*, 2004, č. 18, s. 668.

¹⁵ Hurdík, J., Lavický, P. *Systém zásad soukromého práva*, 1. dotisk 1, vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 123.

¹⁶ RGZ 80, 219. Cit. dle Bohata, P. Dobré mravy v německém právu. In *Právní rozhledy*, 1999, č. 9, s. 467.

případě lze bez větších pochybností rozlišit, zda konkrétní smluvní ujednání či jednání strany sporu, lze akceptovat jako únosné z hlediska elementární lidské slušnosti, poctivosti a spravedlnosti, či nikoli.

Někteří současní právní teoretici (např. Grus) zastávají názor, že mravní aspekty soukromého práva mohou být „definovány“ pouze prostřednictvím jednotlivých případů s odkazem na princip rovnosti¹⁷.

S tímto názorem zřejmě nelze souhlasit bezvýhradně. Nicméně se zohledněním shora citovaného obecného vymezení pojmu dobré mravy českým Ústavním soudem či německým Říšským soudem lze souhlasit s tím, že přesný rozbor konkrétní skutkové podstaty a dobré odůvodnění toho, v čem je v dané věci spatřován rozpor s dobrými mravy, jistě mohou přispět k právní jistotě a obecnému povědomí veřejnosti o tom, co soudy považují (a pro futuro považovat budou) za ještě nezávadné a co již za nemravné.

3. Dobré mravy v oblasti manželského práva

Co se potom týká dobrých mravů v oblasti manželského práva, zde je prvně třeba říci, že mezi manžely lze apriori očekávat existenci takových vztahů, které v souladu s dobrými mravy jsou. Tato skutečnost souvisí se samou podstatou manželství a předpokladem, že manželé jsou si vzájemně těmi nejbližšími osobami. Dle Salače je manželství (a v širším smyslu též rodičovství) věcí veřejného zájmu a nesmí být ohrožováno právními úkony, které narušují jeho povahu, resp. závazky mezi manžely¹⁸.

Jednání mezi manžely, které by kolidovalo s dobrými mravy, je považováno za nepřístojné a právní teorie obvykle jako prototyp smluv příčících se dobrým mravům uvádí právě ty smlouvy, které ohrožují institut manželství a rodičovství¹⁹. Některými německými autory je manželské a rodinné právo považováno dokonce za jediné skutečné jádro dobrých mravů²⁰.

Stejně jako v jiných oblastech, i v otázkách manželského práva je potom v průběhu času patrný vývoj toho, co je považováno za nemravné.

¹⁷ Grus, Z. Dobré mravy ve světle publikované judikatury. In Právní rozhledy, 2004, č. 3, s. 115.

¹⁸ Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 247.

¹⁹ Srv. Kubeš, V. Smlouvy proti dobrým mravům. 1. vyd., Brno – Praha: Orbis Praha XII, 1933, s. 267. Obdobně též Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 244.

²⁰ Srv. Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 45.

Se zohledněním shora uvedených úvah směřujících k osvětlení obsahu pojmu „dobré mravy“ a současně požadavkem některých autorů konstatovat a odůvodnit existenci rozporu s dobrými mravy v konkrétních věcech se níže pokusíme podat přehled těch ujednání mezi (budoucími) manžely, která jsou odbornou literaturou a judikaturou zmiňována jako prototyp ujednání kolidujících s dobrými mravy, a zaměříme se též na důvod jejich kolize s dobrými mravy.

4. Příklady ujednání v předmanželských smlouvách či ve smlouvách uzavíraných mezi manžely, která jsou všeobecně považována za nemravná

Veškerá ujednání ve smlouvách mezi manžely či v předmanželských smlouvách, u nichž je shledáván jejich rozpor s dobrými mravy, spojuje skutečnost, že nějakým způsobem směřují k narušení podstaty institutu manželství.

Pro přehlednost tato ujednání rozčleníme do šesti následujících skupin: ujednání omezující svobodu uzavřít manželství, ujednání vylučující práva a povinnosti manželů dle z.o.r., ujednání vztahující se k rovnosti a vyživovací povinnosti manželů, ujednání dotýkající se vztahů k dětem, ujednání upravující možnost zániku manželství a ostatní ujednání, která narušují podstatu manželství.

a) Ujednání omezující svobodu uzavřít manželství

Do první skupiny nemravných ujednání patří ta, která směřují k (jakémukoli) omezení svobody uzavřít manželství. Může se jednat o závazky uzavřít či neuzavřít manželství²¹ do určité doby, s určitou osobou apod. Neakceptovatelné je též zajištění závazku uzavřít manželství (např. v předmanželské smlouvě) některým zajišťovacím institutem. Neakceptovatelnost posledně jmenovaného plyne ze skutečnosti, že příslib budoucího uzavření manželství může zakládat morální závazek, nikoli však vymahatelný nárok. Tento závěr sdílí (kontinentální) právní teorie již dva tisíce let²². Uzavření manželství má být zásadně dobrovolným právním úkonem a vyloučení či omezení dobrovolnosti není akceptováno.

b) Ujednání vylučující práva a povinnosti manželů dle z.o.r

²¹ Srv. Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 48, s. 74, s. 119, s. 134, s. 145.

²² K úpravě a závěrům dovozovaným právní teorií ve vztahu k vymahatelnosti závazku uzavřít manželství ve starém Římě, ve velkých kodexech soukromého práva 19. století, tj. ve francouzském Code Civil, v rakouském ABGB či německém BGB srv. např. Haderka, J. Uzavírání manželství z hlediska právního, 1. vyd., Praha: Academia, 1977, s. 25 - 26.

Další významnou skupinou nemravných ujednání jsou ta, která se vztahují k úpravě vztahů po vzniku manželství. Dle ust. § 18 věta druhá zákona č. 94/1963 Sb., o rodině (dále též „z.o.r.“) je povinností manželů žít spolu, být si věrni, vzájemně respektovat svoji důstojnost, pomáhat si, společně pečovat o děti a vytvářet zdravé rodinné prostředí. Jedná se o ustanovení kogentní, nepřipouštějící jinou smluvní úpravu. V případě ujednání, které by vylučovalo některou ze shora uvedených povinností, by se tak v první řadě jednalo o ujednání v rozporu se zákonem, tedy absolutně neplatné dle ust. § 39 o.z.

Zahraniční teorie však dovozuje navíc i rozpor s dobrými mravy, a to např. u ujednání, která vylučují věrnost manželů²³, či ujednání o budoucí separaci manželů (v případě jejího sjednání pro futuro, nikoli jako důsledek např. odcizení manželů či manželské krize)²⁴. Rovněž v českých podmínkách nelze hodnotit obdobná ujednání jinak, než jako nemravná. Tato ujednání navíc zpravidla směřují k narušení postavení slabší strany, což rovněž nelze připustit - a to tím spíše ve vztazích mezi manžely.

c) Ujednání vztahující se k rovnosti a vyživovací povinnosti manželů

České právní pojetí manželství spočívá na presumpci rovnosti muže a ženy (srv. ust. § 18 věta první z.o.r.). Ze zásady rovnosti lze dovodit též zásadu totožné životní úrovně obou manželů. Jakékoli ujednání, které by odporovalo shora uvedenému, je proto nutno hodnotit jako kolidující s dobrými mravy.

Teorie tak dovozuje nemravnost ujednání, kterými se jeden z (budoucích) manželů zavazuje, že nebude po druhém nárokovat výživné (které manželovi navíc náleží ex lege). Touto problematikou se v poměrně nedávné době (2001) zabýval např. německý Spolkový Ústavní soud²⁵, a to ve věci, v níž se snoubenka očekávající narození dítěte vzdala svého zákonného nároku na výživné. Při svém rozhodování zohlednil soud především dva aspekty: vyjednávací pozici snoubenců (kdy dovedl

²³ Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 48, s. 74, s. 104, s. 164.

²⁴ Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 74, s. 119, s. 134.

²⁵ Rozhodnutí ze dne 6.2.2001, č.j. 1 BvR 12/1992, dostupné na:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20010206_1bvr001292.html, a rozhodnutí ze dne 29.3.2001, č.j. 1 BvR 1766/92, dostupné na: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20010329_1bvr176692.html (obojí cit. dne 12.4.2011). Králíčková uvádí, že tato judikatura Spolkového Ústavního soudu dokonce následně podnítila vznik katalogu pravidel, který v reakci na shora uvedenou judikaturu vypracoval německý Spolkový Nejvyšší soud. Srv. Králíčková, Z. Soudní přezkum předmanželských a manželských smluv, In Lidskoprávní dimenze českého rodinného práva, 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 147.

jednoznačně nevýhodné postavení ženy, která očekávala narození dítěte), přičemž vzal v úvahu též skutečnost, že uzavření manželství bylo ze strany muže podmíněno uzavřením smlouvy obsahující závazek vzdání se nároku na výživné, a dále faktický stav, který v průběhu manželství nastal v důsledku uzavřené smlouvy (když smlouvou byla založena nerovnost mezi manžely)²⁶.

V poslední uvedené judikatuře je patrná preference ochrany slabší strany (a to i přes současný trend priority smluvní volnosti). Závěr vyslovený německým Spolkovým Ústavním soudem lze jistě použít též při aplikaci české právní úpravy, a to nejen v případech dohod o výživném mezi manžely, ale též v případě dohod o vzdání se výživného rozvedeného manžela (např. výměnou za souhlas s rozvodem manželství).

d) Ujednání dotýkající se vztahů k dětem

Jako další příklad nemravných ujednání uvádí Kubeš dohody manželů omezující počet dětí, ujednání týkající se práva výchovy dětí v souvislosti s ulehčením rozvodu, či ujednání týkající se uvedení či neuvedení otcovství k dítěti za úplatu²⁷.

V současné době velmi častým případem ujednání, která jsou v rozporu s dobrými mravy, jsou ujednání týkající se úpravy práv a povinností k dítěti pro dobu po rozvodu manželství. Na úpravě vztahů pro dobu po rozvodu se rodiče mohou dohodnout (srv. ust. § 24a odst. 1 písm. b) z.o.r.), v opačném případě je nutná úprava práv a povinností k dítěti soudem (srv. ust. § 26 odst. 1 z.o.r.). V případě dohody manželů o úpravě práv a povinností k dítěti je nutno ctít zásadu rovnosti obou manželů a odmítnout platnost ujednání, které bylo učiněno v důsledku slabšího postavení jedné strany – jedná se např. o ujednání o vzdání se dítěte²⁸ (výměnou za jinou výhodu). Podstatnou roli při posuzování platnosti (a souladu s dobrými mravy) takového ujednání bude mít zřejmě též zájem dítěte jako vůdčí kritérium při jakékoli činnosti týkající se dětí (srv. ust. čl. 3 Úmluvy o právech dítěte, publikované pod č. 104/1991 Sb.).

e) Ujednání upravující možnost zániku manželství

Manželství je dle ust. § 1 z.o.r. trvalé společenství muže a ženy založené zákonem stanoveným způsobem. Ač je pravdou, že české právo akceptovalo

²⁶ Cit. dle Králíčková, Z. Soudní přezkum předmanželských a manželských smluv, In Lidskoprávní dimenze českého rodinného práva, 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 147 – 148.

²⁷ Kubeš, V. Smlouvy proti dobrým mravům. 1. vyd., Brno – Praha: Orbis Praha XII, 1933, s. 267 – 268.

²⁸ K tomu např. Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 74 a 134.

– stejně jako převážná většina evropských právních úprav - možnost zániku manželství rozvodem, nic to nemění na skutečnosti, že manželství má být primárně svazkem trvalým²⁹. Ve světle této úvahy potom je nutno hodnotit jako nemravná taková ujednání, která apriori, ještě třeba i před samotným vznikem manželství, počítají s tím, že svazek trvalý nebude.

Může se jednat např. o ujednání o uspořádání majetkových poměrů pro dobu po rozvodu manželství (s jedinou výjimkou, a sice tzv. smluveného rozvodu dle ust. § 24a z.o.r., který naopak úpravu majetkových poměrů pro dobu po zániku manželství předpokládá a podmiňuje jí možnost smluveného rozvodu³⁰).

Častými příklady ujednání v rozporu s dobrými mravy uváděnými odbornou literaturou jsou smlouvy upravující možnost rozvodu manželství, případně důvody pro jeho rozvod odchylně od zákonné úpravy³¹. Rozpor s dobrými mravy je zde spatřován v tom, že pokud zákonodárce primárně koncipoval manželství jako trvalé soužití a rozvod připustil pouze v určitých způsobem vymezených případech, pak je nutno na možnost zániku manželství jeho rozvodem pohlížet jako na výjimku, nikoli pravidlo, a nelze připustit další smluvní rozšíření těchto důvodů. Rozšiřování možných důvodů ze strany jednoho manžela navíc svědčí o jeho apriorní pochybnosti ohledně trvalosti svazku.

Z obdobných důvodů, jako jsou shora uvedené, je nutné hodnotit jako kolidující s dobrými mravy takové dohody, které zavazují k předstírání

²⁹ Haderka v této souvislosti zmiňuje především zvláštní význam manželství a mravní aspekty, resp. vlastní mravní přesvědčení o tom, že *v naší společnosti zůstává monogamické manželství tím nejlepším, co lidská mysl dovedla vynalézt pro utváření ...vztahů mezi mužem a ženou...* Srv. Haderka, J. Uzavírání manželství z hlediska právního, 1. vyd., Praha: Academia, 1977, s. 8.

³⁰ Judikatura se v této souvislosti zabývala též problematikou platností smluv upravujících vypořádání společného jmění manželů uzavřených v době, kdy ještě společné jmění manželů existovalo, tzn. před zánikem manželství, jestliže manželství nezaniklo rozvodem dle ust. § 24a z.o.r. (k tomu srv. např. usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 14.6.2001, spis. zn. 30 Cdo 257/2001). Dosavadní právní názor na tuto problematiku je takový, že vypořádat lze dle ust. § 149 o.z. toliko *zaniklé* společné jmění manželů. Ust. § 24a z.o.r. tak stanoví (zákonnou) výjimku z tohoto pravidla. Smlouva o vypořádání společného jmění manželů uzavřená dříve, než společné jmění manželů, je platná pouze v případě rozvodu dle ust. § 24a z.o.r. (účinnosti ovšem nabývá teprve právní mocí rozsudku o rozvodu manželství). Tento právní názor ovšem není právní teorií akceptován bez výjimky. Tak např. Králíčková již neuvádí striktní neplatnost těchto smluv, ale konstatuje, že de lege ferenda nelze vyloučit interpretaci ve prospěch platnosti smluv o vypořádání dosud nezaniklého společného jmění manželů. Srv. Králíčková, Z. Předmanželská smlouva de lege lata a rekodifikace českého rodinného práva. In Právní rozhledy, 2003, č. 6, s. 268.

³¹ Srv. Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 48.

existence zákonného důvodu pro rozvod manželství, či dohody, jejichž předmětem je majetkový prospěch výměnou za přivolení k rozvodu³².

f) Ostatní ujednání, která narušují podstatu manželství

Za nemravná jsou všeobecně považována ujednání atakující podstatu manželství a podněcující k jeho ukončení. Jako příkladem takových ujednání např. Salač uvádí příslibení sňatku (zasnoubení) s osobou, která již žije v manželství či sňatek příslibila někomu jinému³³. V případě existence jejího manželství patrně není pochyb o tom, že příslibem dalšího manželství porušuje svůj existující závazek žít se svým manželem a zachovávat mu věrnost. Podobně však i v případě existence pouhého zasnoubení teorie dovozuje rozpor nového zasnoubení s dobrými mravy, protože příslibem nového manželství je porušen slib předchozí (tzn. osoba uzavírá závazek směřující k porušení závazku předchozího)³⁴. Pro praxi je však v případě ujednání příslibujících manželství osobou zasnoubenou či již v manželství žijící třeba uvést, že jakkoli je takovéto jednání hodno morálního odsouzení (v míře lišící se u každého jednotlivce), z právního pohledu zřejmě nebude hrát zásadní roli, neboť povinnost uzavřít manželství nelze vymáhat, jak již bylo zmiňováno výše. V případě osoby žijící v manželství nebude moci dojít k uzavření manželství nového za existence předchozího. Pokud k uzavření nového manželství dojde po zániku předchozího manželství, jedinou sankcí se bude jevit právě možné morální odsouzení. Obdobné platí pro příslib (eventuelně i pro uzavření) manželství osobou již zasnoubenou, kdy právní postih nepřichází v úvahu. Snad teoreticky by bylo možno uvažovat o náhradě eventuelní majetkové újmy (která by vznikla např. marným vynaložením prostředků pro účely přípravy svatby či společného bydlení).

5. Význam souladu ujednání s dobrými mravy a následky rozporu

Presumpce existence souladu (u)jednání s dobrými mravy ve vztazích mezi manžely souvisí s obecnými požadavky kladenými na manželství a rodinu. S ohledem na účel manželství lze očekávat, že manželé a členové rodiny jsou si vzájemně nejbližšími osobami a udržují společně ty nejlepší vztahy. V opačném případě by sotva měli důvod manželství uzavírat a setrvávat

³² Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 74.

³³ Srv. Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 47. Salač toto ujednání uvádí jako příklad dovozovaný německou teorií. Obdobně potom uvádí též teorii dovozovanou anglickou teorií – srv. op. cit., s. 119, či teorii americkou – srv. op. cit., s. 146 - 147.

³⁴ Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 248 an.

v něm. Zároveň je naprosto legitimní očekávat, že ačkoli všechna jednání určitého jedince mají být v souladu s dobrými mravy, úroveň vztahů mezi manžely a v rodině by měla být mnohem vyšší.

Vysoké nároky na soulad s dobrými mravy ve vztazích mezi manžely a v rodině lze dovodit z účelu a funkce, kterou manželství má, a ochrany, kterou mu stát také přiznává: Dle ust. čl. 32 odst. 1 Listiny jsou rodičovství a rodina pod ochranou zákona. Návrh nového o.z.³⁵ jde v tomto směru ještě dál, když v ust. § 3 odst. 2 písm. b) stanoví, že rodina, rodičovství a manželství požívají zvláštní zákonné úpravy. Zákonodárce (či v případě návrhu nového o.z. kolektiv jeho autorů) tím zřejmě dává najevo, že hodlá preferovat (chránit) manželské svazky a snad i existenci rodiny založené manželstvím před ostatními formami kohabitace.

Současná právní úprava (ust. § 39 o.z.) sankcionuje ujednání, která jsou v rozporu s dobrými mravy, sankcí neplatnosti. Jedná se o neplatnost absolutní, k níž soud přihlíží *ex offio*, tedy ji není nutno uplatňovat ani se jí dovolávat. Ust. § 39 o.z. tak představuje významný korektiv platnosti právního úkonu v těch případech, kdy konkrétní ujednání sice nemusí být v přímém rozporu se zákonnou úpravou, nicméně jsou tu jiné okolnosti, které zákonodárce nepředvídal a předvídat nemohl (přičemž je zřejmé, že kdyby je předvídal, platnost by takovému právnímu úkonu odepřel).

6. Závěr

Požadavek souladu jednání či právních úkonů s dobrými mravy je především v oblasti manželského a rodinného práva teorií akcentován. Salač uvádí, že sféra rodinné morálky dokonce představuje fundamentální kategorii dobrých mravů v pojetí kontinentálním (resp. veřejného pořádku v pojetí systému *common law*). V kontinentálním systému pak dle Salače představuje ochrana rodinné morálky tradičně jádro dobrých mravů, přičemž někteří autoři ji považují za jedinou skutečnou sféru dobrých mravů³⁶. Ujednání, která byla uvedena shora jako příklad ujednání v rozporu s dobrými mravy, byla totožně či obdobně hodnocena ve většině evropských právních úprav jako kolidující s dobrými mravy³⁷.

³⁵ Dostupný na:

http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Navrh%20obcanskeho%20zakoniku_ver_2010.pdf (cit. dne 28.3.2011).

³⁶ Srv. Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 244.

³⁷ Srv. Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 244.

Autorka by proto uvítala, kdyby úprava smluv uzavíraných mezi manžely (či mezi osobami, které hodlají manželství uzavřít) jako smluv, s jejichž existencí o.z. výslovně počítá a upravuje způsob, kterým je lze uzavřít, byla v o.z. zařazena, a kdyby obsahovala demonstrativní výčet ujednání, která budou považována za neplatná³⁸. Ačkoli i při absenci takové úpravy jistě lze použít obecné ust. § 39 o.z., výslovná úprava by jednak mohla přispět k objasnění některých možných sporných otázek, především by však mohla plnit funkci korektivu v případě, že by tendence posuzování souladu s dobrými mravy stejně jako doposud nadále směřovala ve prospěch liberálnějšího pojetí³⁹, což by mohlo implikovat oslabení ochrany slabší strany. Se zřetelem na požadavek ochrany institutu manželství by však takový vývoj v oblasti manželského (a potažmo celého rodinného) práva neměl být akceptován. V oblasti manželského (a rodinného) práva by dle názoru autorky měl být zachován pokud možno co nejvyšší standard a snad i přísnější požadavky na soulad (u)jednání s dobrými mravy než v ostatních oblastech.

Literature:

- Bohata, P. Dobré mravy v německém právu. In Právní rozhledy, 1999, č. 9, s. 467 an.
- Grus, Z. Dobré mravy ve světle publikované judikatury. In Právní rozhledy, 2004, č. 3, s. 112 an.
- Haderka, J. Uzavírání manželství z hlediska právního, Praha: Academia, 1977, 374 s.
- Hurdík, J., Lavický, P. Systém zásad soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita, 2010, 197 s., ISBN 9788021050631.
- Hurdík, J. Zásady soukromého práva, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1998, 168 s., ISBN 8021020016.
- Králíčková, Z. Předmanželská smlouva de lege lata a rekodifikace českého rodinného práva. In Právní rozhledy, č. 6, 2003, s. 263 an.

³⁸ Jako zdroj inspirace by zde mohl sloužit např. katalog pravidel vypracovaný německým Spolkovým Nejvyšším soudem v reakci na rozhodnutí Spolkového Ústavního soudu ze dne 6.2.2001 a ze dne 29.3.2001 (Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen), jak jej zmiňuje např. Králíčková In Králíčková, Z. Soudní přezkum předmanželských a manželských smluv, In Lidskoprávní dimenze českého rodinného práva, 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 147.

³⁹ Uvolňování požadavků na mravní aspekty obsahu smluv a jednání manželů obecně spolu s poskytováním širší míry smluvní svobody ve sféře manželských vztahů konstatuje Salač opakovaně, srv. např. Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, s. 145.

- Králíčková, Z. Lidskoprávní dimenze českého rodinného práva, Brno: Masarykova univerzita, 2009, 191 s., ISBN 9788021050532
- Kubeš, V. Smlouvy proti dobrým mravům. Brno – Praha: Orbis Praha XII, 1933, 316 s.
- Rouček, F., Sedláček, J. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl pátý, Praha: ASPI Publishing s.r.o., 2002, 1011 s., ISBN 8085963906.
- Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu, Praha: C. H. Beck, 2004, 301 s., ISBN 8071799149.
- Spáčil, J. Dobré mravy v českém občanském zákoníku a v judikatuře. In Právní rozhledy, 2004, č. 18, s. 665 an.

Contact – email

monika.schon@centrum.cz

POVINNOST JEDNÁNÍ V DOBRÉ VÍŘE V PŘEDSMLUVNÍM STÁDIU KONTRAKTACE

MICHALA SOROKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra obchodního práva

Abstract in original language

Povinnost jednání v dobré víře lze považovat za jednu z nejvýznamnějších povinností během předsmuvní fáze kontraktace. Tato povinnost představuje základ též pro další předsmuvní povinnosti, jako například povinnost informační či povinnost ochrany informací před jejich vyzrazením. Na porušení povinnosti jednání v dobré víře před uzavřením smlouvy může být nahlíženo jako na případ předsmuvní odpovědnosti. Cílem této práce je upozornit na koncept předsmuvní odpovědnosti, jež je založen na principu dobré víry.

Key words in original language

předsmuvní odpovědnost, culpa in contrahendo, dobrá víra, předsmuvní fáze kontraktace

Abstract

The duty to bargain in good faith can be considered as one of the most important obligations during the precontractual process of negotiation. It represents a base for all other precontractual duties like the duty to inform or the duty to disclose. The breach of the good faith duty before the conclusion of an agreement can lead to the imposition of the precontractual liability. The aim of this thesis is to draw the attention to the concept of precontractual liability, which is based on the good faith principle.

Key words

precontractual liability, culpa in contrahendo, good faith, precontractual process of negotiation

1. ÚVOD

Princip dobré víry bývá obvykle uplatňován pro řešení situací, u kterých nelze v duchu římskoprávní zásady *summum ius, summa iniuria*, dospět ke spravedlivému výsledku prostou aplikací pozitivního práva. Příkladem takovéto obtížně řešitelné situace může být též ukončení jednání o uzavření smlouvy jednou stranou v natolik rozvinuté fázi jednání, kdy je druhá strana v dobré víře v poctivost svého potenciálního smluvního partnera a očekává proto uzavření kontraktu. Složitost spravedlivého posouzení tohoto poměrně často se vyskytujícího problému spočívá v očividné kolizi dvou základních právních principů, a to principu autonomie vůle, resp. smluvní svobody, na straně jedné, a zásady ochrany dobré víry na straně druhé. Tento pomyslný střet vyvolává celou řadu otázek, např.: Jaké povinnosti mají kontrahenti při

jednání o smlouvě? Do jaké míry je jejich jednání závazné? Má smluvní svoboda nějaké limity? Mohou neuzavřením smlouvy vzniknout odpovědnostní následky? Všechny výše uvedené a mnohé další otázky souvisí s konceptem předsmuvní odpovědnosti (v právních řádech německy mluvících zemí se lze setkat též s pojmem culpa in contrahendo), který lze v nejobecnější rovině definovat jako sekundární závazkový vztah vyvolaný nepoctivým jednáním, resp. jednáním v rozporu s principem dobré víry, a to během jednání o smlouvě. Cílem tohoto příspěvku je upozornit na tento zajímavý právní institut, jehož výslovné pozitivněprávní zakotvení je součástí návrhu občanského zákoníku.

2. VÝCHODISKA PRÁVNÍ ÚPRAVY PŘEDSMUVNÍ ODPOVĚDNOSTI DE LEGE LATA

Speciální ustanovení regulující výslovně problematiku předsmuvní odpovědnosti doposud v českém právu chybí. V několika posledních letech se nicméně v judikatuře českých soudů lze setkat s tím, že soudy aplikují na případy bezdůvodného ukončení negociace některé obecné odpovědnostní normy občanského práva. Za průlomový lze v tomto ohledu označit rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. října 2006, který stanoví, že „Odpovědnost za škodu vzniklou porušením předsmuvní povinnosti - bezdůvodným ukončením jednání o uzavření smlouvy - se posuzuje podle ustanovení § 415 a § 420 obč. zák.“¹

Ustanovení § 415 občanského zákoníku (dále též OZ) zakládá generální prevenční povinnost spojenou se zásadou nikomu neškodit (neminem laedere), tedy povinnost stanovenou natolik obecně, že je možné ji aplikovat i na předsmuvní fázi kontraktace. Tento fakt je konstatován též v rozhodnutí Nejvyššího soudu, dle kterého „není žádný důvod, pro který by se zákonná povinnost vyplývající z ustanovení § 415 OZ neměla vztahovat i na chování potencionálních smluvních partnerů při jednání o uzavření smlouvy.“² Spojení s § 420 OZ stanovícím odpovědnost za škodu způsobenou porušením právní povinnosti je pak nutné z toho důvodu, že § 415 OZ je formulován jako imperfektní norma.

Mezi další ustanovení aplikovatelná na případy předsmuvní odpovědnosti lze zařadit dále též ustanovení o omylu a odpovědnosti za neplatný právní úkon³ (§ 42 občanského zákoníku, § 268 obchodního zákoníku). Jedná se

¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 11. 10. 2006, sp. zn. 29 Odo 1166/2004.

² Tamtéž.

³ Srov. k tomu Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30.6.2010, sp. zn. 5 Tdo 298/2010 „Pokud jde o institut „culpa in contrahendo“ (odpovědnost za škodu způsobenou neplatností právního úkonu) v závazkových vztazích, o němž se obviněný rovněž zmiňuje ve svém dovolání, je vyjádřen v ustanovení § 42 obč. zák. jako součást právní úpravy neplatnosti právních úkonů (§ 38 až § 42 obč. zák.). V případě zaviněné neplatnosti právního úkonu má strana, která vynaložila náklady na neplatný úkon, právo na náhradu

však o dílčí ustanovení, která nedopadají výlučně na předsmuvní fázi kontraktace. Určitou výjimku v této souvislosti představuje ustanovení o zákazu zneužití důvěrných informací podle § 271 obchodního zákoníku (dále též ObchZ), které upravuje porušení povinnosti právě během jednání o smlouvě.

3. ZÁKLADNÍ PŘEDPOKLADY PŘEDSMUVNÍ ODPOVĚDNOSTI

Pro vyslovení existence odpovědnostního vztahu v nejobecnější rovině je vždy nejprve nutné zhodnotit naplnění jednotlivých předpokladů. Nejinak tomu je i v případě předsmuvní odpovědnosti. V právních řádech zemí, ve kterých je institut předsmuvní odpovědnosti upraven přímo v zákoně nebo je v nich dovozován pomocí doktríny a judikatury, se běžně uvádí tyto základní předpoklady, které budou níže podrobněji rozebrány: existence předsmuvního závazkového vztahu, porušení předsmuvních povinností a vznik škody.

3.1 ZVLÁŠTNÍ PŘEDSMUVNÍ VZTAH

Prvním předpokladem předsmuvní odpovědnosti je jednání o uzavření smlouvy, resp. předsmuvní vztah na jeho základě založený. Základem předsmuvního vztahu a následně i přiznání zákonné ochrany je existence úzkých vazeb mezi kontrahenty, které se vyznačují určitou délkou a intenzitou. Základním předpokladem pro vznik předsmuvního vztahu je zahájení jednání. Určení okamžiku zahájení však obvykle není v právních řádech upraveno. V praxi však většinou nevznikají spory ohledně toho, zda bylo jednání vůbec zahájeno, jako spíše o to, zda jsou vazby mezi kontrahenty skutečně natolik úzké, že lze hovořit o existenci vztahu, který lze považovat za důvěrný, a proto hodný zvláštní ochrany. Jako určité měřítko zvláštní kvality vztahu lze považovat předkontrakční náklady, sloužící k posílení důvěry (tzv. reliance investments). Předkontrakční náklady je přitom nutné chápat nejen v čistě ekonomickém smyslu, tedy ve formě finančních výdajů na negociaci, právní a účetní poradenství, dopravu, přípravu podkladů a materiálů atd. Mohou jimi být též vyměňované informace, čas či důvěra vložená v potenciálního smluvního partnera.

K otázce existence předsmuvního vztahu se vyjádřil též Nejvyšší soud, který ve svém rozhodnutí ze dne 11. října 2006⁴ uvedl, že „pokládá za první

škody vzniklé v příčinné souvislosti se zaviněným protiprávním způsobením neplatnosti právního úkonu. V oblasti obchodních závazkových vztahů platí ustanovení § 268 obch. zák., podle něhož je povinna k náhradě škody osoba, která způsobila neplatnost právního úkonu, vyjma případu, kdy osoba, již byl právní úkon určen, věděla o této neplatnosti.“

⁴ Předmětem sporu byl v daném případě požadavek banky (žalobce) vůči žadateli o úvěr (žalovaný) na zaplacení náhrady nákladů za právní poradenství a odměny za zpracování a vystavení úvěrové dokumentace, které bance vznikly v souvislosti s přípravou smlouvy o úvěru. Ačkoliv úvěrová dokumentace byla v zásadě odsouhlasena, žadatel bezdůvodně od jednání o úvěru v konečné fázi odstoupil a úvěr získal od jiné finanční instituce.

předpoklad odpovědnosti skutečnost, že konkrétní osoby zahájily jednání o uzavření určité smlouvy, přičemž tato jednání dospěla do stadia, kdy jedna ze stran kontraktačního procesu byla v důsledku chování druhé potencionální smluvní strany v dobré víře, že předpokládaná smlouva bude uzavřena.“⁵ Bližší kritéria pro posouzení, kdy se jedna ze stran ocitá v dobré víře, však nebyla bohužel v rozhodnutí blíže upřesněna.

3.2 PORUŠENÍ PŘEDSMLUVNÍCH POVINNOSTÍ

Druhým předpokladem předsmulvní odpovědnosti je porušení předsmulvních povinností. Rozsah těchto povinností se mezi jednotlivými právními řády zakotvujícími institut předsmulvní odpovědnosti značně liší. Nejčastěji se hovoří o základní povinnosti poctivého jednání, v dobré víře, s úmyslem smlouvu skutečně uzavřít jako základ „zvláštních“ předsmulvních povinností, mezi které lze zařadit např. povinnosti informační. Obecná povinnost jednat poctivě je součástí institutu předsmulvní odpovědnosti ve všech právních řádech, které ji upravují, a je proto jednotícím prvkem celého konceptu a jeho jednotlivých forem. V již zmiňovaném judikátu Nejvyššího soudu bylo porušení předsmulvních povinností spatřováno v ukončení jednání o uzavření smlouvy bez legitimního důvodu. Nejvyšší soud se nicméně nezabýval určením podmínek, za jejichž splnění by ukončení smlouvy bylo možné považovat za legitimní, resp. sám pojem legitimnosti důvodu blíže nespecifikoval.

3.3 VZNIK ŠKODY

Pro konstatování vzniku sekundárního odpovědnostního vztahu je nutné splnit též další podmínku v podobě vzniku škody. Problematika náhrady škody přitom představuje jednu z nejsložitějších otázek v rámci zkoumání předsmulvních odpovědnosti, a to vzhledem k rozmanitosti předsmulvních povinností a různým přístupům právních řádů jednotlivých zemích k otázkám rozsahu a způsobu náhrady škody. Obecně lze však mít za to, že nárok na náhradu škody je možné považovat za základní. V německy hovořících zemích je náhrada škody limitována tzv. negativním zájmem (negative Interesse). Tento pojem lze vysvětlit jako náhradu škody pouze do té výše, aby se poškozená osoba ocitla v postavení, v jakém by byla, pokud by nezahájila jednání, z něhož jí vznikla škoda. V zásadě se tak zde projevuje restituční princip. Náhrada škody naopak obvykle nezahrnuje tzv. pozitivní zájem (positive Erfüllungsinteresse), který má vazbu na smluvní plnění. Poškozená strana tak nemá právo žádat to, co by jí náleželo z platně uzavřené smlouvy. Setkat se lze však i s přístupem opačným, který přiznává poškozenému právo na ušlý zisk.

⁵ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 11.10.2006, sp.zn. 29 Odo 1166/2004.

Pokud jde o české právní prostředí, ve vztahu ke vzniku škody, jako dalšího nutného předpokladu odpovědnosti, rozlišil Nejvyšší soud běžné náklady, které účastníkům jednání zpravidla vznikají, a s jejichž vynaložením musí počítat bez ohledu na to, zda zamýšlená smlouva bude nakonec uzavřena či nikoli, od nákladů neobvyklých, jejichž vynaložení bylo vyvoláno specifickými požadavky druhé strany.⁶ S tímto hodnocením lze dle mého názoru souhlasit, neboť kontrahenti musí při jednání o smlouvě s určitými náklady počítat, a to bez ohledu na výsledek kontraktace.⁷

4. NÁVRH OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU

Návrh občanského zákoníku (dále jen Návrh) je svoji podstatou revoluční a to nejen v tom, že mění stávající pravidla, ale zavádí též některé nové instituty. Jedním z těchto nových institutů je i předsmuvní odpovědnost, jejíž absence v současně platném právu je zdůrazněna v důvodové zprávě k Návrhu občanského zákoníku. Předkladatelé Návrhu zde uvádějí, že dosavadní soukromoprávní úprava citelně postrádá ustanovení o předsmuvní odpovědnosti s výjimkou dílčího ustanovení o ochraně důvěrných informací v § 271 obchodního zákoníku, které je do Návrhu rovněž přejato.⁸

Východiskem zvláštní právní úpravy⁹ předsmuvní odpovědnosti vtělené do ustanovení §§ 1718-1720 Návrhu je zde zásada smluvní svobody, která je zde kladena na první místo již v úvodním ustanovení k předsmuvní odpovědnosti. Obecně tedy platí, že každý může svobodně jednat o uzavření smlouvy a následně se svobodně rozhodnout, zda smlouvu uzavře či nikoliv. Jako korektiv před případným nepoctivým jednáním některé ze smluvních stran zde však nově přistupuje ochrana dobré víry té osoby, která důvodně očekávala, že smlouva bude uzavřena. Samotný pojem dobrá víra není výslovně zmíněn ani v jednom ze tří speciálních ustanovení upravujících předsmuvní odpovědnost. Můžeme se však v Návrhu setkat, a to hned na několika místech, s pojmem poctivého jednání, resp. s následky jednání nepoctivého, a dále pak s pojmem spravedlivého důvodu pro ukončení jednání o uzavření smlouvy a jeho protipólem v podobě formulace důvodného očekávání druhé strany v uzavření smlouvy. Domnívám se, že

⁶ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 11.10.2006, sp.zn. 29 Odo 1166/2004.

⁷ Ve vztahu k nákladům kontraktace lze odkázat též na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27.1.2004, sp. zn. 25 Cdo 695/2003, byť se týkal sporu ze smlouvy o smlouvě budoucí. Soud v tomto případě dovodil, že ten, kdo porušil závazek prodat nemovitost, odpovídá druhému účastníkovi za škodu, jež vznikla v souvislosti se zajišťováním finančních prostředků na koupi nemovitosti.

⁸ Důvodová zpráva k Návrhu občanského zákoníku, k § 1718-1720, s. 1008.

⁹ Pro úplnost je nutné dodat, že vedle speciálních norem bude i nadále možné aplikovat na případy porušení poctivosti při jednání o smlouvě též obecná ustanovení ohledně prevenční povinnosti, omylu a odpovědnosti za neplatný právní úkon, která budou rovněž v Návrhu obsažena.

jako společného jmenovatele všech zmíněných pojmů můžeme označit dobrou víru, jejíž ochrana je výslovně zmíněna coby účel úpravy předsmuvní odpovědnosti i v důvodové zprávě k Návrhu. Dobrá víra zde tedy vystupuje ve dvou podobách, jednak jako zákonný příkaz poctivého jednání, jehož porušení může mít za následek vznik odpovědnostních nároků poškozené strany a dále jako nárok na ochranu dobré víry smluvního partnera, který důvodně očekává, že druhá strana bude jednat poctivě.

4.1 POJEM POCTIVÉHO JEDNÁNÍ VE SMYSLU POVINNOSTI

Pojem poctivého jednání je sám o sobě poměrně obecný a mnohoznačný (což lze ostatně stejně tak tvrdit též o pojmu dobré víry). V Návrhu se lze setkat s konkretizací poctivého jednání ve vztahu k nejproblematictější situacím, jež mohou během negociace nastat a to prostřednictvím formulace jednotlivých skutkových podstat.

Na prvním místě je zmíněna absence úmyslu smlouvu uzavřít, a to v § 1718 odst. 1 Návrhu. Odpovědnostní následek tak má postihovat tzv. jednání na oko, přičemž není důležité, co je vlastním cílem odpovědné smluvní strany. Lze tedy mít za to, že i když nedojde k naplnění takového cíle, odpovědnost nastane.

Této situaci se může blížit i další skutková podstata, a to bezdůvodné ukončení jednání o smlouvě (§ 1719 odst. 1 Návrhu). Domnívám se, že svým způsobem jde v podstatě o zobecnění prvně jmenovaného případu, neboť pokud situaci posoudíme z hlediska té strany, která jedná v dobré víře, že smlouva bude uzavřena, pak je víceméně irelevantní, zda je důvodem ukončení negociace chybějící úmysl či jiný, podobně neoprávněný důvod. I vzhledem k praktickým obtížím s prokazováním úmyslu se proto domnívám, že druhá skutková podstata je pro aplikační praxi významnější, ačkoliv i zde si lze představit některé komplikace. Úkolem soudů, a to poněkud složitým, bude pečlivé zkoumání důvodu ukončení jednání o smlouvě a následné hodnocení, zda jde o důvod spravedlivý, a proto oprávněný či naopak neoprávněný, a tudíž postižitelný vznikem odpovědnostních následků. Je otázkou, podle jakého kritéria se bude spravedlivost důvodu posuzovat. Obecně lze předpokládat, že tato otázka bude na zvážení soudce s ohledem na konkrétní okolnosti řešeného případu.

Další interpretační překážkou by mohlo být posouzení dostatečné pokročilosti negociace, neboť zákaz bezdůvodného ukončení se vztahuje pouze na ty situace, kdy strany dospějí při jednání o smlouvě tak daleko, že se uzavření smlouvy jeví jako vysoce pravděpodobné. Kdy tomu tak je, bude opět otázkou pro rozhodující soud. Pro představu o možném hodnocení této otázky lze odkázat na zajímavé rozhodnutí německého Spolkového soudního dvora ze dne 29. 3. 1996, V ZR 332/94 ve kterém německý soud judikoval, že v případě smluv s písemnou formou předepsanou zákonem nemá nikdo právo spoléhat se na to, že smlouva bude skutečně uzavřena.

Další dva případy předsmuvní odpovědnosti se týkají nakládání s informacemi předanými a získanými během jednání.

Stranám je uloženo sdělovat si vzájemně při jednání o smlouvě všechny skutkové a právní okolnosti, o kterých ví nebo musí vědět, tak, aby se každá ze stran mohla přesvědčit o možnosti uzavřít platnou smlouvu a aby byl každé ze stran zřejmý zájem smlouvu uzavřít (§ 1718 odst. 2 Návrhu). Povinnost k výměně informací není bohužel v Návrhu příliš šťastně formulována, neboť při jejím výkladu lze narazit na některé interpretační nejasnosti.

Dle mého názoru by mělo být smyslem tohoto ustanovení vést smluvní strany k výměně relevantních a pravdivých informací, které poslouží k tomu, aby si strany udělaly představu o možnosti uzavřít smlouvu, jejíž obsah se bude shodovat s jejich vůlí a vyloučí (či alespoň omezí) se tak možnost vzniku omylu a následného prohlášení smlouvy za neplatnou. Za zamyšlení stojí případná vazba mezi informační povinností smluvních stran a výše uvedenými skutkovými podstatami. Lze si totiž představit situaci, kdy v případě nesouladu v otázce pokračování jednání o smlouvě bude jedna strana namítat bezdůvodné ukončení jednání o smlouvě či chybějící úmysl a druhá strana bude na svou obranu poukazovat na to, že nebyla dostatečně splněna informační povinnost. Řešení by zde opět záleželo na konkrétních okolnostech případu.

Poslední skutkovou podstatou, která je do jisté míry odrazem informační povinnosti, je ochrana důvěrných informací sdělených v souvislosti s jednáním o smlouvě. Dle § 1720 Návrhu tak platí, že pokud získá strana při jednání o smlouvě důvěrný údaj nebo sdělení, musí jej chránit před zneužitím nebo prozračením bez zákonného důvodu. Následkem porušení této povinnosti je pak vydání bezdůvodného obohacení.

Smyslem a účelem nejpodobnější je tomuto ustanovení § 271 Obchodního zákoníku v aktuálně platném znění, které stanoví mimozávazkovou povinnost k náhradě škody, v případě zneužití informací získaných při uzavírání smlouvy a to i bez ohledu na to, zda je smlouva nakonec uzavřena. Toto ustanovení je také považováno za jediný případ výslovné úpravy předsmuvní odpovědnosti, resp. dílčí problematiky s předsmuvní odpovědností související. Při srovnání úpravy otázky ochrany důvěrných informací *de lege lata* a *de lege ferenda* lze narazit na několik odlišností. Zatímco se ustanovení § 271 ObchZ týká pouze zneužití informace k vlastnímu prospěchu, v § 1720 odst. 2 Návrhu se hovoří nejen o zneužití, ale též o prozrazení důvěrných údajů, z čehož vyplývá, že věcný dosah je zde širší. Je otázkou, zda ustanovení § 1556 odst. 2 Návrhu dopadá i na případy neoprávněného zpřístupnění důvěrného údaje nebo sdělení třetí osobě bez získání prospěchu té strany, která svoji nedbalostí vyzrazení způsobila, neboť tato situace není výslovně řešena.

Domnívám se, že v případě složitějších jednání o smlouvách značného ekonomického významu, by bylo nejjistější otázky ohledně konkrétních způsobů porušení povinnosti ochrany informací a vzniklých následků co nejpodrobněji upravit, např. na základě zvláštní dohody o ochraně informací (disclosure agreement). Tato možnost je ostatně dána kontrahentům již nyní.

4.2 CHARAKTER PŘEDSMLUVNÍ ODPOVĚDNOSTI

Vymezení právní povahy předsmulvni odpovědnosti je jednou z velmi často diskutovaných otázek, jejíž zodpovězení může mít zásadní význam pro určení odpovědnostních následků. Na základě členění protiprávního úkonu dle právního důvodu porušované povinnosti lze rozlišovat odpovědnost smluvní (ex contractu) a mimosmluvní (ex delictu). V původní koncepci německého vědce Rudolfa von Jheringa (1818 – 1892) byla předsmulvni odpovědnost pojímána jako zvláštní druh odpovědnosti smluvní¹⁰, dnes však převládá mimosmluvní posuzování předsmulvni odpovědnosti¹¹. Dle některých autorů má však předsmulvni odpovědnost povahu sui generis a představuje „šedou zónu“¹² na pomezí smluvní a mimosmluvní odpovědnosti.

Názory na tuto otázku se různí i mezi českými autory. Jako příklad lze uvést na jedné straně tvrzení JUDr. Hrádky, dle kterého by porušení povinnosti v předsmulvním vztahu mělo být posuzováno vzhledem k faktické existenci předsmulvním vztahu jako porušení závazku¹³, a na druhé straně názor JUDr. Hulmáka, který považuje předsmulvni odpovědnost za mimosmluvní, neboť obecná povinnost jednat poctivě existuje i mimo režim sjednávání smlouvy a není proto důvod konstruovat zvláštní závazkové právní vztahy, které by obsahovaly stejnou povinnost¹⁴.

¹⁰ Gnitsevich, K. V. Die Lehre von Culpa in Contrahendo in deutscher Zivilistik der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts. Dostupný z: <http://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Gnitsevich-Culpa-in-contrahendo-in-deutscher-Zivilistik.htm> [ke dni 10. 5. 2011].

¹¹ Srov. Novoa, R. Culpa in Contrahendo : A Comparative Law Study : Chilean Law and the United nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG). Arizona Journal of International & Comparative Law, 2005, vol. 22, č. 3, s. 599.

Z judikatury Evropského soudního dvora k mimosmluvní povaze předsmulvni odpovědnosti blíže viz rozhodnutí C-334/00 Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH. Dostupný z: <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2003/pdf/z-en-01.pdf> [ke dni 12. 5. 2011].

¹² Ben-Dror, Y. The Perennial Ambiguity of Culpa in Contrahendo. The American Journal of Legal History, 1983, č. 2, s. 144.

¹³ Hrádek, J. Předsmulvni odpovědnost. Bulletin advokacie, 2011, č. 3, s. 49.

¹⁴ Hulmák, M. Limity předsmulvni odpovědnosti. Bulletin advokacie, 2011, č. 3, s. 54.

Pro současně platné české právo je prozatím výše uvedený problém určení povahy předsmuvní odpovědnosti spíše právněteoretický, neboť následky porušení smluvních závazků i právních povinností jsou totožné a to pro oblast práva občanského i obchodního. Návrh však počítá s diferenciací mezi odpovědností smluvní a mimosmluvní, přičemž zásadní rozdíl spočívá v odlišném uplatnění subjektivního a objektivního principu.

Nově se v Návrhu zavádí požadavek zavinění pouze pro případ porušení zákonné povinnosti. Předvídatelnost jako okolnost významná pro posouzení povinnosti k náhradě škody, koncipovaná podobně jako liberační důvod v současně platném ObchZ (§ 373), je pro změnu spojena výlučně s porušením povinnosti smluvní. Zavedením požadavku předvídatelnosti je částečně zmírněna přísnost ustanovení o smluvní odpovědnosti, jež je vybudována na principu objektivní odpovědnosti a nepřipouští tak možnost exculpae.

Ve vztahu k porušování předsmuvních povinností není otázka povahy odpovědnosti v Návrhu výslovně řešena. Přitom jak vyplývá z výše uvedeného, má tato otázka zásadní význam, neboť odpovědnost smluvní je založena na principu objektivním, zatímco odpovědnost mimosmluvní na principu subjektivním a tudíž i předpoklady jejich uplatnění se liší.

Dle mého názoru by se měla předsmuvní odpovědnost posuzovat jako mimosmluvní a to vzhledem k neopominutelné zásadě smluvní svobody. Pokud jsou veškerá jednání před uzavřením smlouvy nahlížena jako nezávazná, je nutné předsmuvní vztah chápat jako právní skutečnost, na kterou lze aplikovat ochranná ustanovení zákona ohledně poctivosti při jednání o smlouvě. Kontrahenti mají ostatně možnost si vzájemná práva a povinnosti upravit pomocí negociační dohody, tedy jakési dohodě o pravidlech při jednání o smlouvě. Porušení této dohody, ne nutně písemné, by pak mělo být posuzováno jako porušení smluvního závazku. Při absenci zmíněné negociační dohody půjde však o případy porušení právních norem a nikoliv závazku. Proto se osobně přikláním k deliktární povaze předsmuvní odpovědnosti.

4.3 NÁSLEDKY PORUŠENÍ POVINNOSTI POCTIVÉHO JEDNÁNÍ

Základním následkem porušení povinnosti poctivého jednání je povinnost náhrady škody z důvodu porušení zákonné povinnosti, která je obecně upravena v § 2880 Návrhu OZ¹⁵. Předsmuvní odpovědnost lze z tohoto

¹⁵ „Škůdce, který vlastním zaviněním poruší povinnost stanovenou zákonem a zasáhne tak do absolutního práva poškozeného, nahradí poškozenému, co tím způsobil. Povinnost k náhradě vznikne i škůdci, který zasáhne do jiného práva poškozeného zaviněním porušením zákonné povinnosti stanovené na ochranu takového práva.“

pohledu klasifikovat jako deliktní odpovědnost založenou na subjektivním principu.¹⁶

V Návrhu se však lze setkat i se speciálními ustanoveními o následcích porušení konkrétních projevů povinnosti poctivého jednání.

V případě bezdůvodného ukončení jednání o uzavření smlouvy je ta strana, která nejednala poctivě, povinna nahradit druhé straně škodu, nanejvýš však v tom rozsahu, který odpovídá ztrátě z neuzavřené smlouvy v obdobných případech (§ 1719 odst. 2 Návrhu). Obdobné pravidlo však není upraveno pro situaci chybějícího úmyslu smlouvu uzavřít, který je poněkud překvapivě zařazen do samostatného ustanovení, která neobsahuje žádné speciální pravidlo ohledně náhrady škody. Je proto otázkou, zda lze analogicky aplikovat § 1719 odst. 2, pokud jde o otázku rozsahu nahrazované škody či zda je nutné aplikovat obecné ustanovení v § 2880, které však postrádá limitaci rozsahu nahrazované škody.

V případě neuzavření smlouvy, ať již z důvodu chybějícího úmyslu či z důvodu, který nelze považovat za spravedlivý, bude škoda zřejmě spočívat především v marně vynaložených nákladech poškozené strany přímo spojených s kontraktačním procesem. Uvažovat lze však též o ušlém zisku.

V této souvislosti lze poukázat na nedávné rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 4147/2008, ze dne 22. února 2011, ve kterém byla poprvé zmíněna možnost zabývat se otázkou příčinné souvislosti mezi jednáním žalované během kontraktačního procesu a ušlým ziskem na straně žalobců.¹⁷ Domnívám se, že zmíněný judikát by bylo možné aplikovat i na případy předsmuvní odpovědnosti, neboť i přes uzavření smlouvy o budoucí smlouvě kupní došlo na straně žalobců k promlčení práva domáhat se u soudu nahrazení projevu vůle a v době řešení sporu před soudem tak již nebyl nárok na uzavření kupní smlouvy vymahatelný. Jak ostatně uvádí Nejvyšší soud v citovaném judikátu „Právní názor odvolacího soudu, že pouze v případě zamítnutí žaloby na nahrazení projevu vůle z důvodu prodeje věci jinému v době před uplynutím promlčecí doby by bylo možno v jednání žalované spatřovat porušení povinnosti v příčinné souvislosti se vznikem škody, není správný, nehledě k tomu, že odpovědnost za škodu způsobenou nesolidním jednáním jedné z budoucích smluvních stran může

¹⁶ Srov. Tobeš, Z. *Culpa in contrahendo*. Právní rádce 2007, č. 1, s. 23.

¹⁷ V daném případě byla mezi žalovanou jako prodávající a žalobci na straně kupujících uzavřena smlouva o smlouvě budoucí kupní, jejímž předmětem byl prodej nemovitostí, a to za cenu 5,7 mil Kč. Prodávané nemovitosti měly být žalované vydány podle zákona o mimosoudních rehabilitacích. Poté co rozsudek v restitučním řízení nabyt právní moci, žalovaná oddalovala pod různými záminkami uzavření kupní smlouvy a následně nemovitosti prodala jinému kupci za cenu 8,5 mil Kč. Rozdíl mezi původní dohodnutou kupní cenou a cenou, za kterou žalovaná prodala nemovitosti jinému kupci, byl žalobci uplatněn jako nárok z titulu náhrady škody, resp. ušlého zisku.

být dána i v případě, že závazek uzavřít určitou smlouvu s konkrétním partnerem není žádným platným smluvním ujednáním založen.“

Další speciální odpovědnostní následek je spjat s porušením povinnosti ochrany důvěrných informací. Poslední věta druhého odstavce § 1720 Návrhu totiž hovoří o vydání toho, oč se odpovědná strana obohatila. Není přitom jasné, zda se v případě absence obohacení na straně odpovědné osoby neuplatní žádný odpovědnostní následek, či zda lze namísto vydání získaného obohacení žádat náhradu škody podle ustanovení § 1719 odst. 2. Klíčovou roli pro zodpovězení této otázky bude zřejmě hrát zavinění, neboť odpovědnost za porušení povinnosti v § 1720 odst. 2 Návrhu by měla být povahy subjektivní¹⁸, a to ve vazbě na § 2880 Návrhu zakotvující obecné pravidlo pro náhradu škody.

5. ZÁVĚR

Jak vyplývá z návrhu připravovaného občanského zákoníku, existence předsmuvní odpovědnosti se stává aktuální i pro české právo. Lze proto předpokládat, že sporů z porušení předsmuvní povinnosti poctivého jednání o smlouvě bude postupně přibývat. Jak je zjevné z citovaných judikátů, soudy musí při posuzování předsmuvní odpovědnosti řešit celou řadu mnohdy nelehkých skutkových otázek a většinu sporů tak bude nutno posuzovat ad hoc. Vždy by však měla být zachována určitá proporcionalita mezi ochranou dobré víry a smluvní svobodou.

Literature:

- Ben-Dror, Y. The Perennial Ambiguity of Culpa in Contrahendo. The American Journal of Legal History, 1983, č. 2, s. 142-198.
- Důvodová zpráva k Návrhu občanského zákoníku. Dostupná z: http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/Duvodova_zprava_04052011_final.pdf [ke dni 10. 5. 2011].
- Gnitsevich, K. V. Die Lehre von Culpa in Contrahendo in deutscher Zivilistik der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts. Dostupný z: <http://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Gnitsevich-Culpa-in-contrahendo-in-deutscher-Zivilistik.htm> [ke dni 10. 5. 2011].

¹⁸ Ustanovení § 271 ObchZ je naopak spojeno s odpovědností objektivní vzhledem k vazbě na § 373 ObchZ.

- Hrádek, J. Předsmluvní odpovědnost. Bulletin advokacie, 2011, č. 3, s. 44-53.
- Hulmák, M. Limity předsmluvní odpovědnosti. Bulletin advokacie, 2011, č. 3, s. 53-55.
- Novoa, R. Culpa in Contrahendo : A Comparative Law Study : Chilean Law and the United nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG). Arizona Journal of International & Comparative Law, 2005, vol. 22, č. 3, s. 583-612.
- Tobeš, Z. Culpa in contrahendo. Právní rádce 2007, č. 1, s. 16-23.
- Rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci C-334/00 Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH. Dostupný z: <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2003/pdf/z-en-01.pdf> [ke dni 12. 5. 2011].
- Rozhodnutí BGH ze dne 29. 3. 1996, sp. zn. V ZR 332/94.
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 27.1.2004, sp. zn. 25 Cdo 695/2003.
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 11.10.2006, sp.zn. 29 Odo 1166/2004.
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30.6.2010, sp. zn. 5 Tdo 298/2010.
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 22.2.2011, sp. zn. 25 Cdo 4147/2008.

Contact – email

msorokova@seznam.cz

DOBRÁ VÍRA JAKO PŘEDPOKLAD VYDRŽENÍ V ŘÍMSKÉM PRÁVU A JEHO ÚPRAVA DE LEGE FERENDA

IVANA STARÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita Brno, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se věnuje dobré víře jako základní podmínce vydržení v římském právu a její úpravě *de lege ferenda*. Dobrá víra neboli *bona fides* je pojem, který není českým právem definován, přesto se s ním setkává velmi často. Dobrá víra má své kořeny v římském právu, kde je známa hlavně jako základní podmínka pro nabytí držby. Pozornost příspěvku bude zaměřena také na úpravu dobré víry, nejen z pohledu vydržení, v novém občanském zákoníku.

Key words in original language

Dobrá víra, římské právo, vydržení, nový občanský zákoník

Abstract

The paper deals with good faith as the basic condition of prescription in Roman law and its regulation *de lege ferenda*. Good faith or *bona fides* is a term which is not defined by Czech law, although it is very often encountered. Good faith has its roots in Roman law, where it is known in particular as the basic condition for acquiring possession. The paper will also focus on the regulation of good faith, not only in terms of prescription, in the new Civil Code.

Key words

Good faith, Roman law, prescription, new Civil Code

1. Úvod

Dobrá víra je pojem, který je velmi těžko definovatelný a současné právo jej definuje jako psychickou kategorii, která se vyskytuje především v řadě ustanovení občanského zákoníku. Na dobrou víru lze nahlížet z různých úhlů. První úhel pohledu v sobě zahrnuje slušnost a poctivost a druhý význam dobré víry spočívá v tom, že jednání jedné osoby nepoškodí jinou osobu.

Já se budu věnovat dobré víře jako podmínce, která vede k vydržení. Musím na tomto místě také říci, že v příspěvku budu používat svoji předešlou práci, která se týkala výše uvedeného tématu.

2. Dobrá víra římském právu

Princip dobré víry vychází z práva římského, přesto se v právních textech římských právníků objevuje poměrně pozdě. Základem dobré víry je *mos*¹, který je chápán jako soubor etických pravidel, které se častým užíváním staly součástí práva obyčejového.² Představa člověka o svém jednání a neškození jiným osobám vytváří počátky dobré víry.³

Dobrá víra neboli *bona fides* vychází z pojmu *fides*, který se často překládá jako věrnost splnit slovo a nebo je používán termín poctivost. Povinnost poctivosti se ve starověkém Římě vztahovala nejen na římské občany, ale i na ostatní osoby pobývající na území Říma. Z výše uvedeného bývá dobrá víra považována za součást *ius naturale*⁴, které Gaius označuje jako *ius gentium*⁵.⁶

Obyvatelé Říma se velmi zakládali na poctivosti, a proto také uctívali bohyni *Fides*, která byla zobrazována s věncem nebo závojem na hlavě. Na Kapitolu stál chrám, který jí byl zasvěcen. Její chrám byl místem, kde probíhalo zasedání senátu. Bohyně *Fides* bývala doprovázena bohyněmi *Virtus*⁷ a *Pietas*⁸ a dohromady tvořily základní vlastnosti Římanů.⁹

Pojem dobré víry je velmi úzce spojen s náboženstvím, které v úplných počátcích určovalo co je správné a co ne. Pokud došlo k porušení *fides*, tak docházelo k porušení míru mezi bohy a k jejich hněvu.¹⁰ Římský život byl velmi ovlivňován v době zvykového práva bohy, a proto bylo nutné

¹ Zvyk

² Právo obyčejové se označuje také jako *mores maiorum*, tedy zvyky předků.

³ Více: Skřejpek, M.: Poodkryté tváře římského práva. Praha: Havlíček Brain Team, 2006, s. 105

⁴ Přirozené právo

⁵ Právním národů se rozumí právo stanovené přírodním řádem, které je společné celému lidstvu. Viz. Gai I.1

⁶ Více: Skřejpek, M.: Bona fides-mores maiorum-fas. Bona Fides. Sborník z II.konference českých a slovenských romanistů. Praha: Právnická fakulta UK, s. 7

⁷ Bohyně statečnosti a bývá chápána jako personifikace ctnosti.

⁸ Bohyně zbožnosti která představovala zbožnost, bezúhonnost a rodičovskou lásku k dětem, ale také svědomité plnění všech mravních povinností.

⁹ Více: Skřejpek, M.: Ius et religio, Právo a náboženství ve starověkém Římě. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s.23

¹⁰ *Pax deorum* Více: Skřejpek, M.: Poodkryté tváře římského práva. Praha: Havlíček Brain Team, 2006, s. 105

rozhněvané bohy si usmířit, přesto postupem doby a úpadkem zvykového práva docházelo k úpadku morálky.¹¹

Bona fides vychází ze slova *fides* a ve 3. století př.n.l dostává konkrétní právní obsah. Počátky dobré víry můžeme nacházet u neformálních kontraktů .¹² Pokud se setkáme se slovním obratem, že někdo je v dobré víře, tak to znamená, že osoba je vnitřně přesvědčena o správnosti svého jednání a že nikomu neškodí. S dobrou vírou se v římském právu setkáváme nejen u práv obligačních, ale také u práv věcných a to konkrétně držba v dobré víře a *bona fides* byla také jedním z předpokladů vydržení v římském právu.

3. Dobrá víra jako podmínka vydržení v římském právu

Vydržení neboli *usucapio* je nabytí vlastnické práva, které je získáno na základě nepřetržité držby po dobu stanovenou zákonem.¹³ Vydržení je originální způsob nabytí vlastnického práva, který je založen na zásadě, že určitou dobu trvající faktický stav je třeba posuzovat jako stav právní.¹⁴ Podstata vydržení je založena na myšlence vyloučit všechny předešlé nároky oprávněné osoby proti osobě, která věc drží. Před vládou císaře Justiniána mělo vydržení dvojí podobu a to vydržení podle starého civilního práva a *longi temporis praescriptio*¹⁵ podle práva magistrátského. Císař obě formy sloučil do institutu vydržení řádného a zavedl vydržení mimořádné.¹⁶

Vydržitel nabytí vlastnictví¹⁷ kviritské¹⁸ a to nejen v případě, že byl bonitárním vlastníkem.¹⁹ Vlastnické právo získal také vydržitel od

¹¹ Více: Skřejpek, M.: *Ius et religio, Právo a náboženství ve starověkém Římě*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s.24

¹² Formální kontrakty vznikají pouhým souhlasem stran. Více: Kincl, J. , Urfus, V. , Skřejpek, M. : *Římské právo* . Praha :C . H .BECK , 1995, s.134

¹³ *Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*. Bartošek, M. : *Encyklopedie římského práva*.Praha: Panorama, 1981, s.391

¹⁴ Gai.II,42

¹⁵ *Preskripce* Více: Kincl, J. , Urfus, V. , Skřejpek, M. : *Římské právo* . Praha :C . H .BECK , 1995, s.178

¹⁶ Více: Heyrovský, L.: *Dějiny a systém soukromého práva římského*, díl I..Praha: Nakladatelství Otto,1921,s.210

¹⁷ Římské právo znalo dvojí vlastnictví. Gai. II.40

¹⁸ *Dominium ex iure Quiritium* nebo civilní vlastnictví a bylo chráněno civilním právem. Jeho subjektem mohl být pouze římský občan a ochrana vlastnického práva se uplatňovala na základě *reivindikace*. Kincl, J. , Urfus, V. , Skřejpek, M. : *Římské právo* . Praha :C . H .BECK , 1995, s.158

nevlastníka a byl pouze držitelem v dobré víře.²⁰ Vydržením zanikají vlastnická práva původního vlastníka a tím jsou vyloučeny všechny nároky předešlé oprávněné osoby. Zákon XII. desek stanovil dobu nutnou pro nabytí vlastnického práva. Z vydržení byly vyloučeny věci kradené²¹ a věci peregrínů²², kteří neměli právo obchodu.

Vydržení v římském právu mělo pět náležitostí : *res habilis*, *titulus*, *fides*, *possessio et tempus*.

Res habilis neboli věc způsobilá byla taková, která mohla být objektem vlastnického práva. Vydrženy nemohly být věci, které nebyly způsobilé stát se předmětem kviritského vlastnictví²³, věci římského státu a věci kradené.²⁴ Vydržet nebylo možno ani věci, které bylo zákonem zakázáno zcizovat.

Titulus označoval skutečnost, proč dotyčná osoba danou věc drží. Důvod držby musel být řádný a spravedlivý. Titul byl chápán jako právní jednání vedoucí k nabytí vlastnického práva.²⁵

Držba neboli *possessio* byla nejdůležitější podmínkou vydržení a římskými právníky byla požadována držba bezvadná. Držba byla chápána jako právní panství nad věcí²⁶ a také zahrnovala v sobě úmysl mít věc pro sebe.²⁷ Římští právníci dělili držbu jako na institut vedoucí k vydržení²⁸ a na držbu ostatní²⁹. Také se rozlišoval držba civilní a kvalifikovaná.³⁰ Při ztrátě držby

¹⁹ Prétorské vlastnictví a vyjadřuje vlastnické vazby mezi osobami, které nebyly římskými občany. Ochrana se uskutečňovala pomocí publiciánské žaloby. Rozdíly mezi civilním a bonitárním vlastnictvím byly smazány za vlády císaře Justiniána. Více: Kinel, J. , Urfus, V. , Skřejpek, M. : Římské právo . Praha :C . H .BECK , 1995, s.160

²⁰ *Bonae fidei possessor*. Gai. II. 43,44

²¹ INST. 2,6

²² Jako peregrini bývali označováni cizinci. Byli to svobodní občané žijící na území Říma, kteří neměli římské občanství a nepodléhali latinskému právu.

²³ *Res extra commercium* neboli věci božské a posvátné.

²⁴ *Res furtivae* nemohl vydržet ani zloděj a ani osoba, která je od něj poctivě nabyta.

²⁵ Více: Kinel, J. , Urfus, V. , Skřejpek, M. : Římské právo . Praha :C . H .BECK , 1995, s.176

²⁶ *Corporallis possessio* jedná se o tělesné ovládání věci. Fyzické ovládání věci mohlo být zprostředkované i jinou osobou než držitelem .

²⁷ *Animus possidendi*. Tento znak chybí u detence, a proto detence nemůže vést k vydržení.Tento prvek je nezastupitelný.

²⁸ *Possessio ad usucapion*.

²⁹ *Possessio ad reliquas causa*.

³⁰ Držba civilní nebyla pouhá skutečnost ,ale také oprávnění a kvalifikovaná držba byla opřena o právní důvod.

došlo k přerušení a bylo nutno ji znovu nabýt. Tato skutečnost znamenala pro držícího novou držbu a běh nové vydržecí doby. Musím říci, že právníci ve starověkém Římě považovali držbu spíše za skutkovou otázku než právní. V držbě spatřovali především faktický stav.³¹

Tempus neboli čas vedl k dokonalému vydržení, neboť držba musela trvat po celou dobu vydržení a byla dokončena začátkem posledního vydržecího dne.

Bona fides byla psychickým stavem držitele, který je přesvědčen, že svým jednáním nepůsobí nikomu škodu a že nejedná protiprávně. Nebylo třeba, aby byl přesvědčen, že je vlastníkem, ale postačovalo pouhé poctivé jednání držitele. Dobrá víra musela existovat již v počátku nabytí držby.³² Problém při vydržení nenastal ani za předpokladu, že došlo ke ztrátě počáteční dobré víry.³³ Vydržení bylo dokončeno také dědicem za situace, že byl *mala fides*.³⁴

Dobrá víra byla římskými právníky považována za jeden z důležitých znaků vydržení, a proto často byla řešena otázka, v jakém poměru je *bona fides* k ostatním podmínkám vydržení. Často byla pokládána otázka, zda dobrá víra může nahradit titul. Tato otázka rozdělila římské právníky na dvě skupiny, nakonec byla vyslovená otázka vyřešena požadavkem, aby skutečně existoval vydržecí titul.³⁵

Dobrá víra byla římskými právníky řazena mezi subjektivní podmínky vydržení³⁶ a aplikace *bona fides* byla postavena na procesním dokazováním. Jelikož se jednalo o subjektivní podmínku, tak byla posuzována podle projevu jednajícího navenek.

4. Úprava *de lege ferenda*

Institut vydržení je upraven občanským zákoníkem. Občanský zákoník č. 40/1964 Sb., neupravoval institut držby a z toho důvodu neznal ani pojem vydržení, které je založeno právě na oprávněné držbě. Takový stav vydržel v našem právním řádu až do roku 1982, kdy byl výše zmíněný termín navrácen do občanského zákoníku. Současný občanský zákoník upravuje

³¹ Ulp. D 43,17,1, kde Ulpianus říká, že třeba oddělovat držbu od vlastnického práva.

³² *Initium possessionis*.

³³ *Mala fides superveniens non nocet* lze přeložit jako „Pozdější špatná víra nevádí“.

³⁴ Špatná víra. Dědic mohl vydržet za předpokladu, že zemřel zůstavitel v dobré víře před uplynutím vydržecí lhůty.

³⁵ Více: Vážný, J. Vlastnictví a práva věcná: soustava práva římského. Díl II. Brno: Československý Akademický spolek Právnický, 1937

³⁶ To znamená, že její plnění nebylo založeno na objektivních skutečnostech, ale je brána v úvahu vůle subjektu, který drží.

institut vydržení v § 134, ale jeho úprava je značně zeštíhlená, a proto se návrh nového občanského zákoníku snaží o jeho rozšíření.

Návrh nového občanského zákoníku značně rozšiřuje katalog věcných práv a upravuje jejich systematiku. Nová právní úprava se snaží reagovat na postřehy, které během let přinesla právní praxe.

Pojem dobré víry by měl být zakotven v § 7, kde je formulován jako presumce dobré víry. Pokud nebude prokázán opak, hledí se na účastníka jako na poctivě jednajícího.³⁷

Nový občanský zákoník je založen na základě poctivé držby, která vede k vydržení. Pro první jmenovaný způsob zůstanou zachovány zákonné lhůty, které spočívají v dodržení tříleté lhůty pro věci movité a pro věci nemovité činí lhůta deset let. Na újmu oprávněné držby nebude případný omluvitelný skutkový omyl držitele.³⁸

Podle nového občanského zákoníku lze vydržet i vlastnické právo k věcem zapsaným do veřejného seznamu, navrhuje se vydražiteli založit právo, které mu umožní domoci se úpravy zápisů v příslušných veřejných seznamech. Tyto seznamy mají odpovídat stavu, který vznikl vydržením.

Nový zákoník uvádí i skutečnosti, na základě kterých je vydržení absolutně vyloučeno. Tyto skutečnosti se jednak váží k osobám. Vyloučeno bude vydržet vlastnické právo mezi manželi nebo osobami žijícími ve společné domácnosti.³⁹ Druhou skupinu tvoří případy vztahující se k předmětu vydržení.

Do nové právní úpravy se vrací institut mimořádného vydržení,⁴⁰ protože v praxi jsou časté případy, kdy konkrétní osoba má věc u sebe, ale není schopna říci od koho věc nabyla a nebo může nastat situace, kdy osoba získá do své moci věc s úmyslem nabýt vlastnické právo, ale převodcem byl neoprávněný držitel. Z toho důvodu je tedy nutno navrátit výše zmiňovaný institut, který poskytne ochranu faktickým stavům, jejichž základ je sporný nebo pochybný, ale tvrzené nebo domnělé vlastnictví trvá již dlouhou dobu. Institut mimořádného vydržení nesmí dát šanci zjevné lži a podvodu, proto je vyloučeno v případech, kdy ten, kdo je popírá, dokáže osobě, která se dovolává mimořádného vydržení, její nepoctivý úmysl.

³⁷Více: http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/Duvodova_zprava_04052011_final.pdf

³⁸ Více: Eliáš, K., Zuklínová, M. : Principy a východiska nového kodexu soukromého práva, Praha : Linde, 2001, s. 187

³⁹§§ 1089- 1090 Více: http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/Duvodova_zprava_04052011_final.pdf

⁴⁰ § 1088

5. Závěr

Závěrem lze říci, že návrh nového občanského zákoníku reaguje na postřehy, které přinesla právní praxe a popředí zájmu opravdu staví zájmy člověka,⁴¹ ale zůstává otázkou, zda odborná i laická veřejnost bude ochotna přijmout změny uvedené v návrhu nového kodexu. Tuto otázku nejspíše objasní až přijetí nového občanského zákoníku.

Troufám si také říci, že římské právo značně ovlivnilo právní řády Evropy a výjimku netvoří ani Česká republika, protože právě římské právo se stalo značnou inspirací k návrhu nového občanského zákoníku. Přesto najdeme rozdíly, neboť dobrá víra se již nehodnotí pouze z osobního přesvědčení osoby, ale také se berou v úvahu všechny objektivní skutečnosti. Došlo také ke změně lhůt nutných k vydržení. Přesto právní úprava vydržení je velmi podobná římskoprávní úpravě.

Literature:

- Bartošek, M. : Encyklopedie římského práva, Praha: Panorama, 1981, 472, ISBN 80 – 200 – 0243 - X
- Bartošek, M. : Dějiny římského práva ve třech fázích vývoje, Praha: Academia, 1995, 280, ISBN 80 – 200 – 0545 – 5
- Blaho. P., Haramia. I., Židlická. M. : Základy římského práva, Bratislava 1997, 483, ISBN 80 – 85719 – 07 - X
- Dostálík, P. : Texty ke studiu římského práva soukromého, Plzeň: Doplněk, 176, 2009, ISBN 978 – 80 – 7380 – 150 - 2
- Eliáš, K., Zuklínová, M. : Principy a východiska nového kodexu soukromého práva, Praha : Linde, 2001, ISBN 80 – 7201 – 303 – 0
- Fiala, J. a kol. : Občanské právo hmotné, Brno: Masarykova univerzita v Brně – právnická fakulta, nakladatelství Doplněk, 1993, 425, ISBN 80 – 7293 – 111 - 9
- GAIUS. : Učebnice práva ve čtyřech knihách. Přeložil Jaromír Kincl, Brno: Doplněk, 1999, 274, ISBN 80 – 7239 – 057 – 0

⁴¹ Viz. Důvodová zpráva k návrhu nového občanského zákoníku

- Heyrovský, L.: Dějiny a systém soukromého práva římského. díl I, Praha: Nakladatelství Otto, 1921
- Kincl, J. , Urfus, V. , Skřejpek, M. : Římské právo, Praha :C . H .BECK , 1995, 386, ISBN 80 – 7179 – 031 - 1
- Kocourek, J., Plecítý, V. : Občanský zákoník – komentář. 3. doplněné vydání. Praha: EUROUNION, 2004, ISBN 80 – 7317 - 034- 5
- Skřejpek, M. : Ius et Religio, Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, 317 s., ISBN 80 – 901064 – 8 – X
- Skřejpek, M. : Poodkryté tváře římského práva, Praha: Havlíček Brain Team, 2006, 198, ISBN 80 - 903609 –4 - 7
- Skřejpek, M.: Latinsko-český slovníček práva římského, Praha: LexisNexis CZ, 2005, 575, ISBN 80 – 85927 – 82 – 9
- Skřejpek, M.: Justiniánské instituce , Praha : Nakladatelství Karolinum, 2010,411,ISBN 978-80-246-1749-9
- Vážný, J. : Vlastnictví a práva věcná: soustava práva římského.Díl II.Brno: Československý Akademický spolek Právník, 1937,
- **Internetové odkazy:**
- <http://obcanskyzakonik.justice.cz> [citováno 10.05.2011]
- <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/digest.htm> [citováno 10.05.2011]
- <http://www.prf.cuni.cz/intervalla/fulltext/usucapio.doc> [citováno 12.05.2011
- http://www.nkcr.cz/doc/adnotam/2009_6.pdf [citováno 11.05.2011]

Contact – email

ivanastara@post.cz

DOLOŽKY VEŘEJNÉHO BLAHA A NEURČITÉ PRÁVNÍ POJMY V NACISTICKÉM SMLUVNÍM PRÁVU¹

JAROMÍR TAUCHEN

Faculty of Law, Masaryk University Brno, Czech Republic

Abstract in original language

Účelem tohoto příspěvku je přiblížit českému čtenáři některé změny v pojetí obligačního práva, ke kterým došlo v Německu po roce 1933. Pozornost je věnována především tzv. "doložkám veřejného blaha" a dalším neurčitým právním pojmům, jako byly dobré mravy či dobrá víra a jejich zneužití ve smluvním právu. Velkou část příspěvku tvoří analýza konkrétních rozhodnutí německých soudů, na kterých autor demonstruje zásahy do nejzákladnějších zásad soukromého práva; ty byly provedeny právě na základě výkladu generálních klauzulí a jiných neurčitých právních pojmů.

Key words in original language

Doložky veřejného blaha; neurčité právní pojmy; nacistické právo; Třetí říše; soukromé právo; závazkové právo; smluvní svoboda.

Abstract

The so called public welfare clauses are characteristic for the Nazi enactments in both, the public and the private law. The public welfare clauses were nothing but vague concepts of law, which influenced the interpretation of law in the practice of the courts. Through these clauses, the Nazi ideological "welfare of the community has priority over the welfare of an individual" principle was enforced. Consequently, the general clauses coming from the Weimar Republic period were interpreted differently and after 1933, new ones were massively created.

These vague concepts of law made it possible to change the adopted law (which was influenced by liberal ideas) through legal interpretation, without intervention of the legislator. The intention of Nazis was to keep a semblance of legality – they wanted to incite the impression, that after their takeover of power, the law was being changed not by passing statutes arbitrarily, but in a completely legal manner. Concepts such as "good faith" or "good manners" had a completely different meaning in the Third Reich and in a liberalistic country. In the Third Reich, they meant integration of an individual to the community, his or her subordination towards the community and emphasis on his or her duties to it.

¹ Tento příspěvek představuje výstup z grantového projektu specifického výzkumu "Předsmluvní odpovědnost a její východiska (POAJV)", č. MUNI/A/1010/2010, který řešitelům poskytla Masarykova univerzita.

Key words

Public Welfare Clauses; Vague Concepts; Nazi Contract Law; Third Reich; Private Law; Freedom of Contract.

1. NĚKOLIK ÚVODNÍCH POZNÁMEK K POJETÍ SOUKROMÉHO PRÁVA PO ROCE 1933

Během celého trvání vlády národních socialistů zůstal v platnosti německý občanský zákoník (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), který byl změněn pouze minimálně. Ke změnám oblastem náleželo např. dědické právo. Podle panující nacistické právní vědy měli soudci po uchopení moci vykládat „starý zákon“ (BGB) v novém duchu. Pomoci jim přitom měly především generální klauzule, které německý občanský zákoník již obsahoval. Jeden z nejvýznamnějších představitelů nacistické právní vědy Carl Schmitt se k novému výkladu generálních klauzulí vyjádřil následovně:

*"Jakmile se nebudou vztahovat pojmy jako ‚dobrá víra‘ či ‚dobré mravy‘ na individualistickou občanskou společnost, nýbrž pouze na zájmy celku, změní se ve skutečnosti celé právo, aniž by bylo potřeba změnit jeden jediný zákon."*²

„Korunní právník Třetí říše“ dále formuloval cíle právní interpretace následujícím způsobem:

*„Všechny neurčité pojmy, všechny tzv. generální klauzule je třeba nepodmíněně a bez výhrad aplikovat v duchu národního socialismu. V odůvodněných soudních rozhodnutích je nutno bez výjimek všechny tyto formule používat ruku v ruce s větami programu NSDAP."*³

Soudce byl tedy povinen při své soudcovské činnosti používat právní výklad vycházející z národněsocialistického světového názoru. Nacisté tedy nemuseli nutně měnit text zákona, když bylo k dispozici dostatek generálních klauzulí, jejichž výklad bylo možné naplnit nacistickou ideologií.⁴

² Schmitt, C. *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*. In: Juristische Wochenschrift, 1934, s. 717; citováno dle: Rüthers, B. *Unbegrenzte Auslegung*. In: Davy, U. [Hrsg.] *Nationalsozialismus und Recht*. Wien: Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, 1990, s. 6.

³ *Ibidem*.

⁴ Eisenhardt, U. *Deutsche Rechtsgeschichte*. 4. vydání. München: C.H.Beck, 2004, s. 314.

2. ZÁVAZKOVÉ PRÁVO V POJETÍ NACISTICKÉ PRÁVNÍ VĚDY

Jeden z důvodů, proč nacisté usilovali o obnovu práva, představovala skutečnost, že se dle jejich názoru právo odcizilo národu. Prvořadý cíl národních socialistů tedy spočíval v dosažení toho, aby národ a právo opět tvořily jednotu (jeden celek), jako tomu mělo být v germánském období či částečně ve středověku. Proto mělo být z práva odstraněno všechno cizí a škodlivé, co požadovanou jednotu narušovalo či odstraňovalo. Právní život měl být ovládán zákony plynoucími z duše národa a měl být dán do souladu s předpoklady a nutností národního bytí, aby tak došlo k jednotě mezi obsahem práva a přesvědčením národa. V souvislosti s obnovou práva hlásali nacisté následující heslo: „*právo musí pochodovat směrem k národu; duše národa a duše práva musí být totožná.*“⁵

Stejně jako právní řád starých Germánů měl být i ten nový, národněsocialistický, ovládán myšlenkou jednoty národa a práva, státu a Říše, práva a povinnosti, práva a morálky, či cti a věrnosti. Po vzoru Germánů nemohlo samozřejmě obstát dělení práva na veřejné a soukromé, což by odporovalo výše uvedené zásadě a požadavku jednoty práva a právního řádu. V období Třetí říše mělo právo sloužit celku, tedy národnímu společenství, a ne jednotlivci.

V prvních letech po uchopení moci se nacistická právní věda intenzivně zabývala charakteristikou nového závazkového práva, vazbou závazkového vztahu na společenství, povinnostmi k vzájemné věrnosti a především působením veřejných zájmů na až do té doby uzavřené soukromé právo.⁶

Definici závazkového vztahu podával § 241 odst. 1 německého občanského zákoníku (BGB). Na jeho základě byl věřitel oprávněn požadovat po dlužníkovi poskytnutí plnění. Jednalo se tak o vztah upravený právem, na základě kterého se jeden z jeho účastníků (dlužník) zavázal, že poskytne druhému účastníkovi (věřiteli) plnění. Pro existenci závazkového vztahu nebylo podstatné, zda vznikl na základě individuálního právního aktu jeho účastníků, protože toto pojetí bylo založeno na myšlence, že si jednotlivci v rámci soukromého práva mohou vztahy mezi sebou upravit dle jejich vlastní úvahy. Toto pojetí bylo však po roce 1933 změněno, neboť nacistická právní věda považovala jednotlivce za člena národního společenství a zdůrazňovala právě jeho vazby na toto společenství. Z tohoto

⁵ Hans Frank, citováno dle Nunweiler, A. *Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung im „Dritten Reich“*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, s. 281.

⁶ Stolleis, M. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, s. 104.

společenství jednotlivci vyplývala práva a povinnosti jak vůči společenství, tak i vůči ostatním jeho členům (soukmenovcům).⁷

Heinrich Stoll – jeden z významných představitelů nacistické právní vědy – charakterizoval vztah smlouvy k obecnému blahu následovně:

*„Smlouvy musí sloužit ke splnění velkých úkolů a smysluplně upravovat přerozdělování statků uvnitř národního společenství. Žádná smlouva se nesmí přičít blahu celku. Dodržování smluv tvoří základ právního styku a zdravého hospodářství. Kdo ji poruší, škodí společenství.“*⁸

Stoll navrhoval rozšířit § 241 o třetí odstavec, který měl mít následující znění: „Věřitel a dlužník mají mít při uzavírání a provádění smlouvy patřičně na zřeteli obecné blaho“. Věřitel a dlužník tedy neměli být nadále pouze izolovaní obchodní partneři, nýbrž „smluvní společníci“, kteří tvoří „společenství“, jsoucí zároveň částí širšího národního společenství. Závazkový vztah se stal z pouhého označení pro skupinu práv a povinností „společným aktem smluvních stran“, „organismem“ či „soustavou povinností“.⁹

Dosavadní pojetí smlouvy v občanském zákoníku bylo ze strany národních socialistů podrobeno kritice, protože smlouva byla založena na souhlasně projevené vůli smluvních stran, aniž by její obsah zohlednil postavení stran ve společenství.¹⁰ Smlouva neměla být všeobecnou abstraktní formální kategorií, nýbrž konkrétním smluvním typem. Na smlouvu v novém pojetí se nenahlíželo jen jako na vztah dvou osob, nýbrž v ní bylo třeba vidět v první řadě její funkci, kterou vykonávala v národním společenství; sloužila tak k uskutečňování úkolů ve společenství.¹¹

⁷ W. Arnold, *Die Eingliederung in die Gemeinschaft als Verpflichtungsgrund im künftigen Schuldrecht*. Gießen 1937, s. 40 – 41.

⁸ Stoll, H. *Die Lehre von den Leistungsstörungen : Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- u. Schuldrecht*. Tübingen: Mohr Verlag, 1936, s. 128.

⁹ Stolleis, M. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, s. 104.

¹⁰ K pojetí smlouvy po roce 1933 blíže Rüthers, B. *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. 6. vydání. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, s. 360-

¹¹ Salje, P. *Bürgerliches Recht und Wirtschaftsordnung im Dritten Reich*. In: Salje, P. [Hrsg.] *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*. Münster: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft Regensburg & Biermann, 1985, s. 20.

2.1 MRAVNOST JAKO JEDEN Z POŽADAVKŮ PLATNOSTI SMLOUVY

Viděno z pohledu nacistické právní vědy, měl v závazkovém právu Třetí říše vystupovat prvek mravnosti. K jednomu z důležitých požadavků nacistické obnovy práva (*Rechtserneuerung*) náleželo nejen obnovení jednoty práva a mravnosti, ale i znovunabytí významu zásady cti a věrnosti v návaznosti na germánské a středověké pojetí. Myšlenka věrnosti se měla stát nosnou myšlenkou celého nového národněsocialistického právního řádu a proniknout jak do veřejného, tak do soukromého práva. Jak uvádí ve své práci Viktor Knapp, „ve staroněmeckém pojetí znamenalo porušení dlužnických povinností porušení důvěry a bylo považováno za porušení míru.“¹²

Jak právo, tak i mravnost měly pocházet z rasově podmíněného ideálu německého národa a měly mít stejné funkce určující německý národní život.¹³ Dle nacistů bylo nutné překonat propast mezi právem a mravností (morálkou), pocházející z období liberalistického státu. Hans Frank považoval Vůdce za všeobecně platné měřítko chování respektující jak právo, tak morálku:

„Kategorický imperativ jednání ve Třetí říši zní: jednej tak, aby v případě, že se o tvém jednání dozví Vůdce, toto jednání také schválil.“¹⁴

„Věrnost slova“ (tedy dodržení smlouvy) a „věrnost ke společenství“ (plnění povinností) byly pilíři, na kterých mělo být vybudováno nové německé právo. Porušení slova (smluvních povinností) a zrada na národním společenství (neplnění povinností) zbavují člověka cti. V lehčích případech mohlo být toto snížení cti odčiněno zvýšeným nasazením ve prospěch společenství; v těžších případech vedlo k bezectnosti a k vyloučení z národního společenství. Kdo porušil věrnost, ztratil automaticky i svou čest. Přitom se vycházelo ze staré zásady germánského práva uvedené již v saském zrcadle (*Sachsenspiegel*): „*Alle Ehre kommt aus der Treue*“, tedy 'všechna čest pochází z věrnosti'.¹⁵

Obligační právo mělo být ovládáno zásadou slušnosti (mravnosti), která se měla stát výkladovým pravidlem pro smlouvy. Slušnost a mravnost

¹² Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 187.

¹³ Nunweiler, A. *Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung im „Dritten Reich“*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, s. 292 – 293.

¹⁴ Frank, H. *Technik des Staates*. Berlin: Deutscher Rechtsverlag, 1942, s. 3.

¹⁵ Nunweiler, A. *Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung im „Dritten Reich“*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, s. 294.

pramenily samozřejmě z duše národa, tak často proklamované nacistickými právními filosofi.¹⁶

V období Třetí říše docházelo často k tomu, že byly napadány stávající smlouvy z důvodu změny podmínek, za kterých byly tyto smlouvy uzavřeny (*clausula rebus sic stantibus*). Při analýze rozhodnutí německých soudů se však setkáme i s rozsudky, které setrvávají na zásadě *pacta sunt servanda* a neumožňují jednostranně zrušit stávající smlouvy s odkazem na všeobecné zásady národního socialismu. Soud v této souvislosti uvedl:¹⁷

„Stávající právní řád je založen na 'věrnosti ke smlouvě' (Vertragstreue). Věrnost ke smlouvě je vysoká mravní hodnota a mravní požadavek, od kterého se žádný právní řád nemůže odchýlit. Je také základem hospodářského řádu a řádného soužití národního společenství... Použití institutu clausula rebus sic stantibus není vyloučeno, musí se však omezit pouze na zcela výjimečné případy.“¹⁸

2.2 PORUŠENÍ ZÁSADY ROVNOSTI JAKO JEDEN Z CHARAKTERISTICKÝCH ZNAKŮ NACISTICKÉHO SMLUVNÍHO PRÁVA

Východiskem pro posouzení způsobilosti k právům a povinnostem v nacistickém právním myšlení bylo přesvědčení o přirozené nerovnosti lidí, která se odrážela v krvi a v rasové hodnotě jedince. Hans Frank k tomu uvádí:

„Všechno, co má lidskou tvář, je nerovné! To byla očividně myšlenka Boha, když stvořil člověka. Tyto poslední úmysly stvořitele tohoto světa ukazují na rozdíl mezi vysoce vyčnívajícím germánským rasovým osudem a bídným a méněcenným Židem.“¹⁹

¹⁶ Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 187.

¹⁷ Skutková podstata sporu řešeného před Bavorským správním soudním dvorem byla následující: v roce 1882 uzavřela jedna bavorská obec smlouvu s místní farností, na základě které se zavázala vyplácet místnímu faráři zvláštní příspěvek k jeho platu. Po převzetí moci nacisty se dotčená obec snažila z této smlouvy vyvázat, když tvrdila, že „byla uzavřena za úplně jiných politických podmínek a po národněsocialistické revoluci se na ní nelze dívat jako na závaznou.“

¹⁸ Rozsudek Bavorského správního soudního dvora z 5. června 1936 uveřejněn v časopise *Rechts- und Verwaltungsblätter*, 1938, s. 17; citováno dle Fraenkel, E. *Der Doppelstaat*. 2. vydání. Hamburg: Europäische Verlagsanstalt, 2001, s. 129.

¹⁹ Frank, H. *Das Recht im Kriege*. In: *Deutsches Recht*, 1941, s. 1027.

Měřítka pro přiznání plné způsobilosti k právům a povinnostem představovala především hodnota jednotlivce pro společenství, která se poměřovala rasovými faktory a jako zásadami cti a věrnosti, které navazovaly na starogermánské a středověké pojetí. Zásadního odmítnutí se tak dostalo novověkému pojetí rovnosti všech účastníků právních vztahů.²⁰

Plnou způsobilost být nositelem práv a povinností mohl mít v období národního socialismu tedy pouze plnoprávný člen národního společenství; nezískával ji již každý člověk okamžikem narození, jak to stanovil § 1 BGB. K tomu uvádí C. G. Schmelzeisen:

„Zcela bezbarvě zní § 1 BGB: ‚způsobilost k právům a povinnostem člověka vzniká okamžikem narození.‘ To nemůže již pro naše pojetí práva platit. Jako je na jedné straně oprávnění přímo vázáno na společenství, tak nemůže na druhé straně existovat bezbarvý pojem právní subjektivity bez její vazby na národní společenství. Způsobilost k právům a povinnostem propůjčuje jednotlivci pouze společenství.“²¹

§ 1 německého občanského zákoníku tak v období Třetí říše ztratil svou faktickou platnost. Nacistická právní věda vázala právní subjektivitu na národní příslušnost, takže způsobilost být nositelem práv a povinností byla založena až sounáležitostí k německému národu, nebyla tedy odvislá od státní příslušnosti. V národně socialistickém státě žily však i osoby, které k německému národu dle nacistické ideologie nenáležely a které měly pouze omezenou způsobilost. To se projevilo tím, že se nemohly v plné míře účastnit na právním životě; bylo jim zabráněno vykonávat veřejné úřady, konat brannou povinnost, nemohly vykonávat podnikatelskou činnost, funkci vůdce podniku, hospodařit v zemědělství, nemohly libovolně uzavírat manželství, vykonávat rodičovská práva ke svým dětem, nemohly podle své vůle zřizovat testament, dědit či nabývat nemovitosti.²²

2.3 SMLUVNÍ SVOBODA A JEJÍ OMEZENÍ

Omezování smluvní svobody ve Třetí říši bylo charakteristické jak pro občanské a obchodní, tak pracovní právo. Na místo individuálně

²⁰ K tomu blíže Rüthers, B. *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: C.H.Beck, 1987, s. 88 – 94.

²¹ Schmelzeisen, G.C. *Deutsches Recht. Einführung in die Rechtswissenschaft*. Leipzig: Verlag Quelle & Meyer, 1938, s. 37; citováno dle Nunweiler, A. *Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung im „Dritten Reich“*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, s. 319.

²² Hattenhauer, H. *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*. 4. vydání. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1996, s. 314.

uzavíraných smluv nastoupily hromadné smlouvy a všeobecné obchodní podmínky. Pro období 1933 – 1945 je charakteristická rovněž existence kartelů, jejichž odběratelé museli přijmout znění všeobecných obchodních podmínek, které tak výrazně narušily kontraktační proces.²³ Hospodářská volnost končí ve Třetí říši tam, kde odporuje národnímu společenství.²⁴ Jak k tomu uvádí Heinrich Stoll:

„Silná cílevědomá osobnost je přínosem pro každý národ, pokud se naučila sloužit celku. Proto nemusí být smluvní svoboda nutně v rozporu s cíli nového státu.“

Takto pojatá smluvní svoboda rovněž dopadala na otázky hospodářské nerovnosti smluvních stran:

„Mnohdy se tvrdí, že smluvní svoboda předpokládá stejně silné subjekty, ale to je myšleno čistě hospodářsky. Tam, kde hospodářsky silnější využívá smluvní svobodu k omezování slabších a bezbranných a kde někdo zneužívá svého monopolního postavení ke sledování pouze bezohledného vlastního zájmu, ztratila smluvní svoboda svůj smysl.“²⁵

3. DOLOŽKY (KLAUZULE) VEŘEJNÉHO BLAHA A NEURČITÉ PRÁVNÍ POJMY

Pro nacistické právní předpisy jak veřejného, tak soukromého charakteru jsou charakteristické tzv. doložky (klausule) veřejného blaha. Nejednalo se o nic jiného, než o neurčité právní pojmy, které ovládaly právní výklad v praxi. Představovaly tak prosazení ideologické zásady národního socialismu „*prospěch celku před zájmem jednotlivce*“.²⁶ Doložky veřejného

²³ Kirchheimer, O. *Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus*. In: Redaktion Kritische Justiz [Hrsg.] *Der Unrechts-Staat. Recht und Justiz im Nationalsozialismus*. Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt, 1979, s. 12 – 13.

²⁴ K tomu blíže Nýdl, V. *Základy nacionálně-socialistické nauky právní*. In: *Právník*, 1939, roč. 78, sešit 1, s. 7.

²⁵ Stoll, H. *Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1933, s. 29; Citováno dle Schröder, R. *Zur Rechtsgeschäftslehre in nationalsozialistischer Zeit*. In: Salje, P. [Hrsg.] *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*. Münster: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft Regensburg & Biermann, 1985, s. 23.

²⁶ Michael Stolleis ve své práci *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J.Schweitzer Verlag, 1974, s. 10 – 11 uvádí přehled neurčitých právních pojmů, které se v období 1933 – 1945 objevily v právních předpisech Třetí říše. Níže jich je pro ilustraci několik uvedeno:

všeobecné dobro – obecné blaho – všeobecné blaho – blaho německého národa – blaho národního společenství – blaho všech soukmenovců – veřejné blaho – blaho Říše – blaho

blaha a neurčité právní pojmy nepředstavovaly v právním řádu po roce 1933 žádný nový jev. Po uchopení moci nacisty však dochází k často odlišné interpretaci generálních klauzulí pocházejících z období Výmarské republiky a k masivnímu vytváření nových.

Po roce 1933 již neměly generální klauzule fungovat jako „korektor“ v konkrétních případech, nýbrž se měly stát specifickým prostředkem nového právního myšlení.²⁷ Nacisté měli po převzetí moci dvě možnosti, jak přetvořit soukromé právo dle svých představ: buďto mohlo dojít k novelizaci právního předpisu, nebo jeho znění zůstalo stejné, jen se změnil jeho výklad, především pak neurčitých právních pojmů. Ty pak umožnily, aby byl bez zásahu „pera zákonodárce“ za pomoci právní interpretace změněn převzatý právní řád ovlivněný idejemi liberalismu. To směřovalo k zachování zdání legality, neboť nacisté chtěli vyvolat dojem, že po převzetí moci dochází ke změně práva legální cestou a ne svévolným přijímáním zákonů. Pojmy jako „dobrá víra“ či „dobré mravy“²⁸ znamenaly v nacistickém státě něco jiného než ve státě liberalistickém, a to začlenění jednotlivce do společenství, jeho podřazení celku a zdůraznění jeho povinností vůči společenství. Vodítkem pro výklad generálních klauzulí se tak staly věty: „*ty neznamenaš nic, tvůj národ znamená všechno*“, či „*přednost prospěchu společenství před prospěchem jednotlivce*“. Tak dostala i maxima všech maxim „*suum cuique*“ nový smysl.²⁹

národa a Říše – blaho národa a státu – blaho národního celku – blaho německého hospodářství;

užitek celku – obecný užitek – společný užitek – obecná potřebnost – obecněprospěšné účely – užitek německého národa – veřejný užitek;

zájmy společenství – obecné zájmy – obecné právní zájmy – veřejné zájmy – národohospodářské zájmy – naléhavé zájmy státu – zájem národa a hospodářství – zájem národního společenství – právé zájmy národů;

potřeby společenství – všeobecné potřeby – celohospodářské potřeby – veřejné potřeby – potřeby národního společenství – hospodářské potřeby Říše;

hledisko národního společenství – hledisko německého hospodářství;

služba národu a národnímu společenství – služba národu a Říši – služba národnímu společenství;

ohled na společenství – podpora společenství – společensko hospodářské důvody – ohled na rodinu a národní společenství – povinnosti vůči národnímu společenství – státně politická hlediska – cíle vedení státu.

²⁷ Mertens, B. *Rechtsetzung im Nationalsozialismus*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, s. 101.

²⁸ K chápání a zneužití neurčitého pojmu „dobré mravy“ v období Třetí říše podrobně: Wanner, J. *Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staate*. Ebelsbach am Main: Aktiv & Druck Verlag, 1996, s. 94 a násl.

²⁹ Ebel, F., Thielmann, G. *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*. 3. vydání. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003, s. 443.

Velice ilustrativní pro pochopení podstaty změn ve výkladu generálních klauzulí, mezi nimiž zaujímají čelné místo dobrá víra a dobré mravy, je předmluva ke komentáři k německému občanskému zákoníku z roku 1934, kde jeho autoři dávají jasně najevo, jakým způsobem má v novém režimu probíhat aplikace neurčitých právních pojmů:

„... Autoři komentáře k novému vydání občanského zákoníku stojí před úkolem rozeznat podstatu německví také v občanském zákoníku a vysvětlit ji soudům. Za zákonným právem stojí vždy také právní cit národa jako pramen práva a ten je třeba také používat při výkladu zákona. Tento cit se může měnit a je ovlivněn hospodářským a společenským rozdělením národa. Nyní dobývá myšlenka společenství stále více také soukromé právo.... Na pocitu sounáležitosti se společenstvím vyrostla zásada dobré víry a dobrých mravů. Zároveň zde vystupuje myšlenka slušnosti jako obzvláště podstatný rys německého práva, ve kterém byly právo a slušnost odjakživa totožné.... V novém vydání komentáře usilujeme o to, aby byly právní zásady dobré víry a slušnosti ještě více postaveny do popředí. Z tohoto důvodu doznal změn např. výklad k bezdůvodnému obohacení.“³⁰

Právě pro občanské právo bylo typické, že změny v jeho obsahu byly z velké části provedeny právě za pomoci doložek veřejného blaha či jiných neurčitých právních pojmů. Mezi tyto doložky a neurčité právní pojmy náležely např.: dobré mravy, dobrá víra, námitka zlého úmyslu či podvodného jednání, nepřiměřená tvrdost, důležitý důvod, k zamezení hospodářských škod, k odvrácení nebezpečí pro veřejnost, k ochraně německého národa či k ochraně vnitřního klidu.³¹

S aplikací neurčitých pojmů je samozřejmě spojena i značná míra právní nejistoty, která pramení z jejich samotného charakteru. Před nebezpečím plynoucím z jejich užívání varoval již v roce 1933 Justus Wilhelm Hedemann ve spise „Útěk do generálních klauzulí“, kde mj. uvedl následující:

„Všichni uzurpátoři, diktátoři a dobyvatelé ve světových dějinách požadovali spojit jejich konání s účelovými klauzulemi jako je ‚blaho státu‘, ‚bezpečnost a pořádek‘ či ‚spravedlnost‘. Bez ohledu na časové období či národ je zde právě vidět největší nebezpečí generálních klauzulí. Tam, kde nadřazená moc zavádí do právního řádu generální klauzule a nezávislí soudci je aplikují, tam se

³⁰ *Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Band. Vorwort zum 8. Auflage, 1934, s. IV-V; citováno dle Wanner, J. Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staate. Ebelsbach: Aktiv Druck & Verlag, 1996, s. 88 – 89.*

³¹ Stolleis, M. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, s. 89.

*stávají tyto klauzule měřítky, a to i přes jejich značnou pružnost. Když ale stát jako nejvyšší moc využívá generální klauzule pro vlastní chování, splývá faktor pružnosti a faktor moci v jedno; v tomto případě přestávají být generální klauzule měřítkem a stávají se jednostrannou a nekontrolovaně vedenou zbraní“.*³²

Interpretace doložek veřejného blaha byla prováděna v souladu s nacistickou ideologií. Poprvé to bylo normativně stanoveno v § 1 zákona o sjednocení daní (*Steueranpassungsgesetz*) z 16. října 1934 (RGBl. I., S. 925), dle kterého bylo nutno vykládat daňové zákony v souladu s národněsocialistickou ideologií (světovým názorem). Za použití analogie byla poté závaznost nacistické ideologie rozšířena na výklad veškerého platného práva. Na tomto místě je možné citovat „korunního právníka“ Třetí říše Carla Schmitta, který formuloval cíl právní interpretace následovně:

*„Každý výklad musí být výkladem v národněsocialistickém smyslu.“*³³

3.1 DOBRÉ MRÁVY A DOBRÁ VÍRA

Myšlenka „společenství“ (*Gemeinschaftsgedanke*) se v závazkovém právu prosazovala obtížněji, než v jiných oblastech práva. Příklad představoval jiný výklad již existujících pojmů „dobrá víra“ či „dobré mravy“, které měly zabránit tomu, aby nebyla bez jakéhokoli omezení vykonávána subjektivní práva propůjčená právním řádem. Tato práva tak musela respektovat podstatné zájmy národního společenství.³⁴

Nacistická právní věda se pokusila vytvořit definici dobrých mravů (*Treu und Glauben*), aby tak zpřesnila generální klauzuli dobrých mravů obsaženou v § 138 BGB. Ernst von Heydebrand und der Lasa navrhol následující pojetí dobrých mravů:

„proti dobrým mravům se proviní ten, kdo uzavřením právního úkonu nebo jeho obsahem naruší německé pojetí cti, pocit slušnosti nebo obecné blaho německého národa.“

³² Hedemann, J. W. *Die Flucht in die Generalklauseln – eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen, 1933, s. 51 citováno dle: Stolleis, M. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, s. 89.

³³ Schmitt, C. *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*. In: Juristische Wochenschrift, 1934, s. 713 citováno dle: Rüthers, B. *Unbegrenzte Auslegung*. In: Davy, U. [Hrsg.] *Nationalsozialismus und Recht*. Wien: Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, 1990, s. 6.

³⁴ Stolleis, M. *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994, s. 103.

Podle právního teoretika Hanse Dölleho je právní úkon proti dobrým mravům a tudíž neplatný v případě, že „očividně škodí obecnému blahu“. Podle Witzmana „je neplatný ten právní úkon, který je v rozporu se zájmy německého národa.“³⁵

Tyto navrhované legální definice dobrých mravů jsou velice podobné, avšak nebyly zvláště žádoucí, neboť soudce měl rozhodovat raději na základě obecné generální klauzule s vazbou na národněsocialistickou ideologii, než na základě přesné zákonné definice.

Soudní rozhodování tak mělo být přizpůsobeno zájmům národní pospolitosti. Při něm neměl být brán ohled na mravní názory jednotlivce, na jeho hospodářské vztahy či na jeho vůli, pokud tyto odporovaly mravnosti vtělené do národní pospolitosti. Pojmy dobrých mravů, dobré víry či poctivého styku se posuzovaly podle požadavků pospolitosti (dobré víře odporovalo např. zvyšování nájmu bytu v dobách bytové nouze).³⁶

Dobrá víra fungovala jako „korektor“ smluvní svobody, tedy jako něco, co jí mělo omezit. Dobrá víra (*Treu und Glauben*) byla upravena v německém občanském zákoníku v §§ 241 a 242. Pokud byl právní úkon v rozporu s dobrými mravy, tak mu nemohl žádný německý soud poskytnout ochranu. Co se týče posouzení určujícího okamžiku rozporu s dobrými mravy, nezaujímal judikatura německých soudů jednotné stanovisko, avšak byla zde patrná určitá tendence vývoje. Zatímco v prvních letech po převzetí moci nacisty převládal v judikatuře názor, že právní úkon nesmí být v okamžiku jeho uzavření v rozporu s dobrými mravy, na konci vlády národních socialistů zastávala judikatura názor, že právní úkon musí být v souladu s dobrými mravy jak při jeho uzavření, tak v okamžiku jeho realizace.³⁷

3.2 ZÁVAZKOVÉ PRÁVO A VOLKSGESETZBUCH

Po převzetí moci nacisté neuvažovali o tom, že by ihned nahradili dosavadní platný občanský zákoník (BGB) nějakou novou kodifikací; plánovány byly pouze výraznější zásahy především do rodinného a dědického práva. Po schválení některých dílčích právních předpisů získala mezi nacistickými právními vědci stále více stoupenců myšlenka, že by civilní právo nemělo být měněno jednotlivými zákony, nýbrž že by celá materie měla být

³⁵ Tyto pokusy o definici dobrých mravů jsou uvedeny v Stolleis, M. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, s. 101.

³⁶ Nýdl, V. *Základy nacionálně-socialistické nauky právní*. In: Právník, 1939, roč. 78, sešit 1, s. 16.

³⁷ Wanner, J. *Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staate*. Ebelsbach am Main: Aktiv & Druck Verlag, 1996, s. 161.

upravena v jedné kodifikaci. Na ní začala postupně pracovat Akademie pro německé právo, se kterou je spojena osoba jejího zakladatele Hanse Franka.³⁸ Ten byl také jedním ze zastánců nové kodifikace. Poté, co byl Frank jmenován generálním guvernérem na obsazených polských územích, nahradil jeho pozici v rámci kodifikačních snah v Akademii pro německé právo univerzitní profesor Justus Wilhelm Hedemann.

Od poloviny roku 1942 již bylo vzhledem k postupující válce zřetelné, že práce na projektu lidového zákoníku nebudou v brzké době dokončeny. Lidový zákoník se měl skládat z těchto částí (knih): 1. Soukmenovec (*Volksgenosse*), 2. Rodina (*Familie*), 3. Dědictví (*Erbe*), 4. Právní styk a ručení (*Rechtsverkehr und Haftung*), 5. Vlastnictví (*Eigentumsordnung*), 6. Práce (*Arbeit*), 7. Podnik (*Unternehmen*), 8. Sdružení (*Vereinigungen*).³⁹

Vzhledem k tomu, že členové Akademie pro německé právo byli především univerzitní profesori, se práce na novém zákoníku vlekly.⁴⁰ J. W. Hedemann zveřejnil pouze návrh první knihy, ve které se nacházely základní zásady, na kterých měla být nová kodifikace založena. Mezi uveřejněné základní principy lidového zákoníku Velkoněmecké říše (*Volksgesetzbuch des Großdeutschen Reiches*), týkající se závazkového práva, náležely následující maximy:

„1. Nejvyšším zákonem je blaho německého národa.

12. Nikdo se nesmí na základě smlouvy zbavit své cti či svobody. Nikdo nesmí zneužít smlouvy k bezohlednému sledování vlastních cílů. Při uzavírání smlouvy na sebe musí brát věřitel a dlužník náležitý ohled a ve vzájemné důvěře působit na dosažení účelu smlouvy.

13. Projev vůle a smlouvu je možné uznat pouze v případě, že jsou v souladu se zásadami národního soužití. Neplatné jsou, pokud jsou v rozporu s kogentními ustanoveními zákona.

18. Každý má při plnění svých povinností a při výkonu práv zohlednit dobrou víru a dobré mravy (uznané zásady národního soužití) a má mít na zřeteli oprávněné zájmy soukmenovce zúčastněném na právním vztahu.

³⁸ Schröder, R. *Rechtsgeschichte*. Münster: Alpmann und Schmidt Verlag, 2006, s. 190.

³⁹ Hedemann, J. W. *Das Volksgesetzbuch als Fundament Großdeutschen Rechtslebens*. Berlin: Industrieverlag Spaeth & Linde, 1942, s. 23.

⁴⁰ Salje, P. *Bürgerliches Recht und Wirtschaftsordnung im Dritten Reich*. In: Salje, P. [Hrsg.] *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*. Münster: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft Regensburg & Biermann, 1985, s. 53.

19. Zneužití práva nepožívá právní ochrany. Pod ním se rozumí každý výkon práva, který je v rozporu s dobrou vírou a dobrými mravy (uznanými zásadami národního soužití).⁴¹

4. NEURČITÉ PRÁVNÍ POJMY A JEJICH ZNEUŽITÍ V ROZHODOVACÍ ČINNOSTI NĚMECKÝCH CIVILNÍCH SOUDŮ

Narozdíl od některých jiných právních odvětví, právní normy občanského práva byly přímými zásahy zákonodárce v období Třetí říše pozměněny pouze minimálně,⁴² avšak ke změnám přece jen došlo, a to pomocí odlišné interpretace. Rasová diskriminace a princip tzv. zvláštního zákonodárství⁴³ byly do práva zavedeny za pomoci nejrůznějších neurčitých právních pojmů a generálních klauzulí. Změnu v obsahu stávajících právních norem tak měla obstarat německá justice, která za pomoci prakticky neomezeného výkladu včlenila do práva rasistické a antisemitské prvky mající za účel vyloučit Židy a další nepohodlné osoby z veškerého právního styku. V období národního socialismu byla tedy v Německu porušena jedna ze základních zásad soukromého práva, která se postupně konstituovala v předcházejících staletích a k jejímuž úplnému prosazení došlo v Německu na konci 19. století - jednalo se o zásadu rovnosti. Porušení této zásady prostřednictvím právní interpretace dokládá velké množství příkladů z rozhodovací činnosti německých civilních soudů. Dále jich budiž pro ilustraci několik uvedeno.

Jak již bylo výše na několika místech několikrát zmíněno, věřitel a dlužník neměli práva a povinnosti pouze vůči sobě navzájem, nýbrž jako „soukmenovci“ byli vázáni povinnostmi vůči celku tak, aby svou činností prospívali obecnému blahu. Pod povinnostmi k celku se rozuměly rovněž povinnosti vůči Straně, stavovským organizacím a branné moci (Wehrmachtu). Pokud jejich zájem nebyl při uzavření a vlastní realizaci smlouvy zohledněn, jednalo se o závazkový vztah „škodící národnímu společenství“. Jakou úlohu hrála zásada „*přednosti prospěchu celku před prospěchem jednotlivce*“,“⁴⁴ ukazuje ve svém rozhodnutí z roku 1936 říšský

⁴¹ Schubert, W. *Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse, Band III I. Volksgesetzbuch*. Berlin New York: de Gruyter, 1988, s. 45.

⁴² Výraznější zásahy provedl zákonodárce především do práv statusových (*zákon na ochranu německé krve a německé cti z roku 1935, RGBl. I., S. 1147*), práva manželského (*manželský zákon z roku 1938, RGBl. I., S. 807*) a práva dědického (*zákon o testamentech z roku 1938, RGBl. I., S. 973 a zákon o dědičných dvorcích z roku 1933, RGBl. I., S. 685*).

⁴³ Podrobně k tomuto principu viz Tauchen, J. *Princip zvláštního zákonodárství jako jeden z principů fungování státního aparátu nacistického Německa*. In: *Právní a ekonomické problémy VI*. Ostrava: Key Publishing, 2008, s. 108 – 114.

⁴⁴ K této zásadě podrobně Tauchen, J. *Základní ideologická východiska nacistického „soukromého“ práva jako vzoru pro právo protektorátní*. In: *Dny práva – 2010 – Days of*

soud.⁴⁵ Žalobce požadoval náhradu škody z důvodu ušlého zisku, protože žalovaný nedodal zboží, přičemž se odvolával na skutečnost, že plnil velkou zahraniční zakázku. Nesplnění dodávky ospravedlňoval žalovaný tím, že přednostní splnění zahraniční zakázky sloužilo užitku celku (nedostatek deviz), a z tohoto důvodu nemohl uspokojit dodávku žalobce. S tímto výkladem však říšský soud nesouhlasil a k tomu uvedl:

„Žalovaný jednal s cílem dosažení vlastního prospěchu, a proto nemůže ospravedlňovat porušení smlouvy z důvodu potřeby celku. Odvolávání se na zásadu ‚prospěch celku před zájmem jednotlivce‘ není na místě, protože žalovaný sledoval vlastní prospěch a neobětoval se celku.“

Ve smluvním právu byla diskriminace Židů provedena především prostřednictvím institutu napadnutelnosti smluv dle §§ 119 a 123 BGB z důvodu omylu či úmyslného podvodu, aby se tak dosáhlo vyvážení árijských partnerů ze smluvního závazku. Totéž se uplatnilo i v rozhodovací činnosti říšského soudu v případě odstoupení od smlouvy dle §§ 346 a 347 BGB, kdy sama skutečnost, že smluvním partnerem byla osoba židovského původu, opravňovala árijského smluvního partnera k odstoupení od smlouvy. Říšský soud označil ve svém rozhodnutí židovský původ jednoho z účastníků řízení jako skutečnost, která je srovnatelná s „nemocí“ nebo „smrtí“.⁴⁶

Jiný příklad odstoupení od smlouvy, kdy důvodem byl židovský původ jedné ze smluvních stran, představuje případ režiséra Erica Charrella, který v únoru roku 1933 uzavřel s německou filmovou společností UFA smlouvu o zfilmování románu „Návrat Odyssea“. Práva k románu převedl nakladatel románu stejného dne na společnost UFA za 130 tisíc říšských marek. Smlouva obsahovala doložku, dle které pozbyla smluvní ujednání platnosti, pokud by nebylo možné smlouvu realizovat z důvodu smrti či nemoci režiséra. V únoru 1933 odstoupila společnost UFA od obou smluv s odkazem na neárijský původ režiséra a požadovala od nakladatele vrácení již poskytnuté první splátky.⁴⁷ Říšský soud rozhodl o tři roky později, že:

Law. Sborník příspěvků – the conference proceedings. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 1720.

⁴⁵ Tento rozsudek říšského soudu z 15. prosince 1936 byl uveřejněn v časopise *Juristische Wochenschrift*, 1937, s. 1479; citováno dle *Stolleis, M. Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J.Schweitzer Verlag, 1974, s. 105.

⁴⁶ Rozsudek uveřejněn v časopise *Juristische Wochenschrift*, 1936, s. 2529; citováno dle Majer, D. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart Berlin Köln Mainz: Verlag W. Kohlhammer, 1987, s. 188.

⁴⁷ Případ převzat z Hirsch, M., Majer, D., Meinek, J. [Hrsg.] *Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus*. 2. vydání. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, s. 389.

„V případě smlouvy o zfilmování zahrnuje právo na odstoupení od smlouvy na základě osobních překážek režiséra také jeho vlastnost jako neárijce. Není přitom rozhodující, že smlouva byla uzavřena až poté, co NSDAP převzala moc, i když to bylo v období, kdy se účinky uchopení moci ještě neprojevíly.“⁴⁸

Porušení zásady rovnosti vyjádřil jasně ve svém rozhodnutí zemský soud v Düsseldorfu:

„Každá norma obsahuje ‚nepřísanou výhradu,‘ že Židům nesmí být za žádných okolností poskytnuty výhody, konkrétně, že právní normy nesmí působit ve prospěch, nýbrž že se musí aplikovat pouze k tíži Židů.“⁴⁹

Jak již bylo výše několikrát ukázáno, judikatura civilních soudů ve Třetí říši umožnila snadnou napadnutelnost smluv, jejichž smluvní stranou byla osoba židovského původu. Pokud árijský partner nevěděl, že druhým účastníkem smluvního stavu je Žid, byla smlouva zásadně napadnutelná. Omyl o příslušnosti smluvního partnera k židovství představoval přitom omyl o podstatné náležitosti dle § 119 BGB, který opravňoval k napadení tohoto právního úkonu. Dle § 123 BGB (na základě úmyslného uvedení v omyl) byla např. napadnutelná smlouva o ručení mezi příslušníkem jednotek SS a židovským věřitelem, přičemž úmyslné oklamání bylo viděno nejen v tom, že věřitel používal německé jméno místo židovského, ale již i v tom, že se věřitel vydal za dlužníkem na služební místo SS.⁵⁰ Židovským věřitelům nebyl umožněn výkon rozhodnutí srážkami ze mzdy dlužníka, pokud se dlužník nacházel na frontě, a to i v případě, že jeho rodina mohla něco ušetřit.⁵¹ Dle § 811 občanského soudního řádu (ZPO) náležel rádiový přijímač mezi osobní předměty denní potřeby, a proto ho nebylo možné při výkonu rozhodnutí zabavit. Soud však ve svém rozsudku rozhodl, že se tato „nezabavitelnost“ nevztahuje na Židy.⁵²

⁴⁸ Tento rozsudek z 27. června 1936 č. I 297/35 uveřejněn v časopise Juristische Wochenschrift, 1936, s. 2536.

⁴⁹ Rozsudek uveřejněn v Hirsch, M., Majer, D., Meinek, J. [Hrsg.] *Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus*. 2. vydání. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, s. 382.

⁵⁰ Rozsudek zemského soudu Nürnberg-Fürth z 21. března 1938, uveřejněn v časopise Deutsche Justiz, 1938, s. 905; citováno dle Majer, D. „*Fremdvölkische*“ im Dritten Reich. Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag, 1981, s. 690.

⁵¹ Rozsudek obvodového soudu Worms z 16. listopadu 1939, uveřejněn v časopise Deutsches Recht, 1940, s. 295; citováno dle Majer, D. „*Fremdvölkische*“ im Dritten Reich. Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag, 1981, s. 690.

⁵² Tento příklad uvádí ve své monumentální práci k dějinám soudnictví v období Třetí říše Hermann Weinkauff a otiskuje zde další příklady diskriminace na základě soudního rozhodování nejen v civilním právu, které uváděl pravidelně časopis „Das Schwarze

Podle názoru říšského soudu představoval židovský původ společníka obchodní společnosti důležitý důvod pro vyloučení společníka ze společnosti, pokud se předmětná společnost ucházela o státní zakázky.⁵³ Výše uvedené případy ukazují, že se o připuštění napadnutelnosti smluv rozhodovalo v jednotlivých případech a že např. od kupních smluv mezi židovským prodávajícím a árijským kupujícím nebylo možno z důvodu omylu odstoupit automaticky. Obvodový soud ve Wanne-Eickel odmítl žalobu příslušníka jednotek SA, ve které se domáhal toho, aby nemusel zaplatit kupní cenu židovské firmě s odůvodněním, že národní socialisté zásadně odmítají vstupovat s Židy do obchodních vztahů, i když to není výslovně zakázáno.⁵⁴

Další příklad znevýhodnění židovského smluvního partnera představuje nájemní právo. Ještě na sklonku Výmarské republiky rozhodovaly soudy v souladu se zákonem na ochranu nájemníků z roku 1928, na základě kterého každý nájemník bez ohledu na jeho původ požíval ochrany proti výpovědi. Po roce 1933 byly žaloby na vyklizení bytu árijských pronajímatelů vůči jejich židovským nájemníkům připouštěny vždy jako odůvodněné, neboť židovský nájemník měl narušovat „společenství v domě“, které bylo dle nacistických měřítek považováno za jeden ze základních znaků nájemního vztahu.⁵⁵ Na nájemní právo bylo nahlíženo jako na součást práva na bydlení, které spadá pod bytové hospodářství; jeho cílem bylo obstarat každému soukmenovci přiměřené bydlení, případně mu umožnit, aby si takovýto domov vytvořil sám. V souladu s nacistickými představami o postavení rodiny a jejím významu v nacistickém státě byla právě existence domova považována za předpoklad rozvoje „zdravé a šťastné rodiny“, což mělo v souladu s populačními cíli Německé říše být ku prospěchu výchově dětí. Proto se měl byt jako hmotný majetek stát pro nájemníka skutečným domovem.⁵⁶ Do tohoto domova však Židé náležet neměli a nacisté se snažili je z tohoto společenství vyloučit. Na základě rozhodnutí říšského soudu:

Korps“. Weinkauff, H. *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1968, s. 133.

⁵³ Rozsudek říšského soudu z 16. února 1934, uveřejněn v časopise *Juristische Wochenschrift*, 1934, s. 1963; citováno dle Majer, D. „*Fremdvölkische*“ im Dritten Reich. Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag, 1981, s. 690.

⁵⁴ Rozsudek obvodového soudu Wanne-Eickel z 5. května 1936, uveřejněn v časopise *Deutsche Justiz*, 1936 s. 936; citováno dle Majer, D. „*Fremdvölkische*“ im Dritten Reich. Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag, 1981, s. 690.

⁵⁵ K tomu blíže Tauchen, J. *Nacistické „soukromé“ právo jako vzor pro právo protektorátní (analýza jednotlivých právních odvětví)*. In: *Acta historico-iuridica Pilsnensia*, Plzeň: Aleš Čeněk, 2011 (v tisku).

⁵⁶ K tomu podrobně Danielcik, P. *Grundgedanken des nationalsozialistischen Mietrechts*. In: *Deutsche Rechtspflege*, 1. Jahrgang, 7. Heft, 1936, s. 317 – 319.

„Nebylo přípustné soužití německých a židovských nájemníků, a proto byl pronajímatel oprávněn podat výpověď nájemního poměru; příslušné paragrafy zákona na ochranu nájemníků z roku 1928 se na Židy nevztahovaly, neboť v případě, že Žid bydlel v německém domě, se jednalo o případ obtěžování a rušení.“⁵⁷

Rozvázání nájemních smluv s židovským smluvním partnerem náleželo k častým příkladům toho, jak německé soudy měnily za pomoci výkladu obsah dosavadních právních norem a usilovaly tak o zachování zdání legality. Nacisté se tak snažili přesvědčit německou veřejnost, že k žádným zásadním zásahům nedochází, a že všechna opatření jsou prováděna v souladu s právem. Diemut Majer uvádí ve své práci příklady dvou rozsudků německých soudů, které dokazují, jakým způsobem soudci civilních soudů rozhodovali v souladu s ideologií a proti platnému právu.⁵⁸ Prvním je rozsudek Zemského soudu v Berlíně z listopadu 1938, ve kterém soud uvedl následující:

„... Zákon na ochranu nájemníků ztěžuje rozvázání nájemních smluv s Židy a v některých případech je přímo vylučuje. Toto je ale v rozporu s ideologickým požadavkem, aby všechny vztahy s Židy byly co možná nejrychleji ukončeny. Z tohoto důvodu je třeba odmítnout použití zákona na ochranu nájemníků na Židy... Není správné, že Norimberské zákony definitivně upravily postavení Židů. Norimberské zákony byly jen začátkem a vývoj ještě nebyl ukončen. Není také správný názor, že jednotlivá opatření vůči Židům může nařídít pouze vláda... Může se sice stát, že při vypovídání smluv židovským nájemcům může dojít k tomu, že mnoho Židů v Německu ztratí střechu nad hlavou, ale na tom nelze nic změnit. Tyto byty budou pak dány k dispozici německým soukromencům, což je při dnešním nedostatku bytů žádoucí.“⁵⁹

Ještě pregnantněji formuloval obvodový soud v Norimberku důvody pro okamžitou výpověď z nájemního vztahu:

„... Na místo liberalistické zásady volné soutěže v oblasti bytového hospodářství nastupuje zásada vázanosti vlastnictví na společenství.... Zákon na ochranu nájemníků představuje na základě vůle národněsocialistického zákonodárce zákonné

⁵⁷ Rozsudek uveřejněn v časopise Deutsches Recht, 1938, s. 512; citováno dle Majer, D. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart Berlin Köln Mainz: Verlag W. Kohlhammer, 1987, s. 191.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Rozsudek uveřejněn v časopise Juristische Wochenschrift, 1938, s. 3242; citováno dle Majer, D. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart Berlin Köln Mainz: Verlag W. Kohlhammer, 1987, s. 191.

uskutečnění národního společenství v oblasti bytové péče.... Jelikož je účelem tohoto zákona služba společenství německého národa, tak musí platit jenom pro ty osoby, které náleží k německému národu.... Odporovalo by tedy účelu tohoto zákona, kdyby se jeho ochranná opatření uplatnila i na osoby, které stojí mimo národní společenství a nikdy k němu ani nemohou náležet. To je případ Židů. Z toho vyplývá, že Židé nemohou být chráněni ustanoveními zákona na ochranu nájemníků. Soudci nemůže v tomto jeho právním pojetí bránit ani skutečnost, že zákonodárce tuto otázku ještě nedořešil.⁶⁰ Sama okolnost, že vedení státu ještě formálně nezměnilo právní stav, který je neslučitelný s národněsocialistickým světovým názorem, nevyklučuje, aby soudce při své rozhodovací činnosti tomuto stavu odepřel uznání, a bude-li to zapotřebí, musí ho uznat.⁶¹

Na obranu německých civilních soudů je však nutné uvést, že ne s každým jejich rozsudkem byli národní socialisté spokojeni. Existovalo hodně vynesných rozsudků, za které byly soudy veřejně kritizovány přímo pohlaváři Třetí říše, že nevyhovují novému pojetí práva. Předmětem kritiky se stal např. rozsudek říšského soudu, který Roland Freisler – pozdější předseda obávaného Lidového soudního dvora (*Volksgerichtshof*) – podrobil zdrcující kritice.⁶² Nájemník využíval pronajaté místnosti nikoliv k bydlení, nýbrž jako skladiště. Proto pronajímatel požadoval před soudem zrušení nájemní smlouvy, aby mohl pronajmout dotčené prostory jako byty. Je nutno dodat, že v předmětné obci panoval nedostatek bytů. Říšský soud však překvapivě požadavek na zrušení nájemní smlouvy odmítl. Freisler vycházel z toho, že soud měl dát na základě národněsocialistického právního citu zapravdu žalobci. K odůvodnění Freisler uvedl, že:

„Pronajímatel jednal podle zásady ‚přednosti zájmů celku před zájmy jednotlivce‘ a pokusil se tak využít svůj majetek v zájmu národního společenství. Nájemce se oproti tomu pokusil prosadit vlastní zájem před zájmem celku.“⁶³

⁶⁰ Nacisté otázku neaplikovatelnosti ustanovení zákona na ochranu nájemníků upravili v roce 1939 zákonem o nájemních poměrech s Židy (RGBl, I., S. 864), který umožnil árijskému smluvnímu partnerovi vypovědět kdykoliv nájemní poměr s Židem.

⁶¹ Rozsudek uveřejněn v časopise *Juristische Wochenschrift*, 1938, s. 3243; citováno dle Majer, D. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart Berlin Köln Mainz: Verlag W. Kohlhammer, 1987, s. 191.

⁶² Freisler, R. *Gemeinnutz vor Eigennutz als volksgenössische Rechtspflicht*. In: *Deutsche Gemein- und Wirtschaftsrecht*, 1940, s. 169.

⁶³ Stolleis, M. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J.Schweitzer Verlag, 1974, s. 106.

Poměrně často se objevují rovněž případy, kdy se dlužník odvolával na rozpor smlouvy s myšlenkami národně socialistické ideologie, čímž chtěl dosáhnout toho, aby nemusel poskytnuté plnění vrátit věřiteli. Zemský soud v Hamburku rozhodoval v roce 1935 případ, kdy se dlužník, který nezaplatil úroky z hypotéky, odvolával na ochranu podle článku 11 programu NSDAP.⁶⁴ V řízení o žalobě, kterou na něj věřitel podal, argumentoval, že:

„Žaloba sama je protiústavní, protože program Národněsocialistické dělnické strany práce předvídá zrušení bezpracných příjmů, získaných bez vynaložení úsilí, tj. odstranění úrokové poroby.“

Soud měl tedy rozhodnout o tom, zda stranický program nastoupí na místo pozitivního práva. Soud argumentaci žalovaného odmítl a rozhodl ve prospěch žalobce následovně:

„V jakém rozsahu a v jakém časovém okamžiku uskuteční Vůdce a říšská vláda vhodná opatření k realizaci tohoto cíle, musí zůstat na nich.“⁶⁵

5. ZÁVĚR

Po převzetí moci měli nacisté dvě možnosti, jak přetvořit soukromé právo tak, aby odpovídalo jejich představám: buď mohli přímo novelizovat právní předpis, nebo jeho znění zůstalo stejné, jen se změnil jeho výklad, především pak neurčitých právních pojmů. Generální klauzule pak umožnily, aby byl bez zásahu „pera zákonodárce“ za pomoci právní interpretace změněn převzatý právní řád ovlivněný idejemi liberalismu. Nastíněný postup směřoval k zachování zdání legality, neboť nacisté chtěli vyvolat dojem, že po převzetí moci dochází ke změně práva legální cestou a ne svévolným přijímáním zákonů.

Mezi nejdůležitější a zároveň nejvíce zneužívané neurčité právní pojmy náležely „dobrá víra“ či „dobré mravy“, které však v nacistickém státě znamenaly něco jiného než ve státě liberalistickém, a to: začlenění jednotlivce do společenství, jeho podřazení celku a zdůraznění jeho povinností vůči společenství. Jak tento příspěvek názorně na dobových příkladech ukázal, německé civilní soudy se nechaly ve velkém množství

⁶⁴ K programu NSDAP a dalším „novým“ pramenům práva ve Třetí říši podrobně Tauchen, J. *Prameny práva v nacistickém Německu*. In: Dny práva - 2009 - Days of Law Sborník příspěvků - the conference proceedings. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 2757 – 2773.

⁶⁵ Rozsudek uveřejněn v časopise *Deutsches Recht*, 1935, s. 631; citováno dle Fraenkel, E. *Der Doppelstaat*. 2. vydání. Hamburg: Europäische Verlagsanstalt, 2001, s. 138.

případů zneužít a rozhodovaly v souladu s požadavky nacistů, někdy i výslovně v rozporu s platným právem.

Literature:

- Arnold, W. *Die Eingliederung in die Gemeinschaft als Verpflichtungsgrund im künftigen Schuldrecht*. Gießen 1937
- Danielcik, P. *Grundgedanken des nationalsozialistischen Mietrechts*. In: Deutsche Rechtspflege, 1. Jahrgang, 7. Heft, 1936, s. 317 – 319
- Ebel, F., Thielmann, G. *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*. 3. vydání. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003
- Eisenhardt, U. *Deutsche Rechtsgeschichte*. 4. vydání. München: C.H.Beck, 2004
- Fraenkel, E. *Der Doppelstaat*. 2. vydání. Hamburg: Europäische Verlagsanstalt, 2001
- Frank, H. *Das Recht im Kriege*. In: Deutsches Recht, 1941, s. 1027
- Frank, H. *Technik des Staates*. Berlin: Deutscher Rechtsverlag, 1942
- Freisler, R. *Gemeinnutz vor Eigennutz als volksgenössische Rechtspflicht*. In: Deutsche Gemein- und Wirtschaftsrecht, 1940, s. 169
- Hattenhauer, H. *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*. 4. vydání. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1996
- Hedemann, J. W. *Die Flucht in die Generalklauseln – eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen, 1933
- Hedemann, J. W. *Das Volksgesetzbuch als Fundament Großdeutschen Rechtslebens*. Berlin: Industrieverlag Spaeth & Linde, 1942
- Hirsch, M., Majer, D., Meinek, J. [Hrsg.] *Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus*. 2. vydání. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1997

- Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002
- Majer, D. „*Fremdvölkische*“ im Dritten Reich. Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag, 1981
- Majer, D. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart Berlin Köln Mainz: Verlag W. Kohlhammer, 1987
- Mertens, B. *Rechtsetzung im Nationalsozialismus*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009
- Nýdl, V. *Základy nacionálně-socialistické nauky právní*. In: Právník, 1939, roč. 78, sešit 1, s. 7
- Nunweiler, A. *Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung im „Dritten Reich“*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996
- Redaktion Kritische Justiz [Hrsg.] *Der Unrechts-Staat. Recht und Justiz im Nationalsozialismus*. Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt, 1979
- Rüthers, B. *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: C.H.Beck, 1987
- Rüthers, B. *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. 6. vydání. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005
- Rüthers, B. *Unbegrenzte Auslegung*. In: Davy, U. [Hrsg.] *Nationalsozialismus und Recht*. Wien: Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, 1990
- Salje, P. [Hrsg.] *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*. Münster: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft Regensburg & Biermann, 1985
- Schmelzeisen, G.C. *Deutsches Recht. Einführung in die Rechtswissenschaft*. Leipzig: Verlag Quelle & Meyer, 1938

- Schmitt, C. *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*. In: Juristische Wochenschrift, 1934, s. 717
- Schröder, R. *Rechtsgeschichte*. Münster: Alpmann und Schmidt Verlag, 2006
- Schubert, W. *Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse, Band III 1. Volksgesetzbuch*. Berlin New York: de Gruyter, 1988
- Stoll, H. *Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1933
- Stoll, H. *Die Lehre von den Leistungsstörungen : Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- u. Schuldrecht*. Tübingen: Mohr Verlag, 1936
- Stolleis, M. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974
- Stolleis, M. *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994
- Tauchen, J. *Nacistické „soukromé“ právo jako vzor pro právo protektorátní (analýza jednotlivých právních odvětví)*. In: Acta historico-iuridica Pilsnensia, Plzeň: Aleš Čeněk, 2011 (v tisku)
- Tauchen, J. *Prameny práva v nacistickém Německu*. In: Dny práva - 2009 - Days of Law Sborník příspěvků - the conference proceedings. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 2757 – 2773
- Tauchen, J. *Princip zvláštního zákonodárství jako jeden z principů fungování státního aparátu nacistického Německa*. In: Právní a ekonomické problémy VI. Ostrava: Key Publishing, 2008, s. 108 – 114
- Tauchen, J. *Základní ideologická východiska nacistického „soukromého“ práva jako vzoru pro právo protektorátní*. In: Dny práva – 2010 – Days of Law. Sborník příspěvků – the conference proceedings. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 1720.

- Wanner, J. *Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staate*. Ebelsbach am Main: Aktiv & Druck Verlag, 1996
- Weinkauf, H. *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1968

Contact – email
tauchen@mail.muni.cz

DOBŘÉ MRÁVY A JUDEO-KREŠŤANSKÁ TRADÍCIA

MARTIN TURČAN

Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, Slovakia

Abstract in original language

Tento príspevok sa zaoberá otázkou, či inštitút dobrých mravov (a tiež dobrej viery) v našom práve možno považovať za dedičstvo tzv. judeo-kresťanskej tradície. Autor sa pokúša o historickú analýzu a tiež o úvahu nad praktickým dopadom kladnej, či zápornej odpovede na položenú otázku.

Key words in original language

dobré mravy, dobrá viera, judeo-kresťanská tradícia, kresťanstvo, morálka

Abstract

This contribution deals with question whether the institute of good manners (and the institute of good faith, as well) in our law can be understood as heritage of so-called Judeo-Christian tradition. Author attempts for historical analysis and deliberation of practical impact of positive or negative answer to the question.

Key words

good manners, good faith, Judeo-Christian tradition, Christianity, morality

Dobré mravy sú dnes relevantným inštitútom nášho občianskeho práva. Fungujú ako materiálny korektív občianskoprávných vzťahov: predstavujú príčinu neplatnosti právneho úkonu, prekážku ochrany výkonu práva (šikany), sú dôvodom vzniku zodpovednosti za škodu, zániku bezpodielového spoluvlastníctva manželov, vydedenia, dôvodom na požadovanie vrátenia daru, výpovede z nájmu bytu a pod. Podobnú úlohu plní dobromyseľnosť (dobrá viera), s ktorou sa spájajú niektoré zásadné právne následky (najmä nadobudnutie vlastníckeho práva). Na výskyte oboch inštitútov v Občianskom zákonníku teda záleží.

V tomto príspevku si chcem položiť otázku, ako sa v ňom vzali (zameriam sa najmä na inštitút dobrých mravov, pretože ho pokladám, s ohľadom na vytýčenú perspektívu, za významnejší než inštitút dobromyseľnosti, ktorý vlastne nepredstavuje materiálny korektív v pravom zmysle slova, reprezentuje len subjektívnu stránku (proti)právneho konania) a či možno hľadať ich pôvod v tzv. judeo-kresťanskej tradícii, ktorá býva niekedy označovaná za hodnotový základ európskej kultúry.

V pôvodnej verzii zákona č. 40/1964 Zb. „pojem dobré mravy“ nefiguroval.¹ Zavedený bol doň až na začiatku deväťdesiatych rokov.² Tie miesta Občianskeho zákonníka, na ktorých sa v súčasnosti hovorí o „dobrých mravoch“ však ani predtým neboli bez materiálneho korektívu. Namiesto „dobrých mravov“ sa tu spomínali „záujmy spoločnosti“³ a „pravidlá socialistického spolužitia“⁴. Obsah týchto dvoch pojmov sa zrejme prelínal, veď úlohou „pravidiel socialistického spolužitia“ (noriem) bola nepochybne ochrana „záujmov spoločnosti“ (hodnôt).⁵

Keď sa pozrieme na predchádzajúci Občiansky zákonník z r. 1950 (zákon č. 141/1950 Zb.), všimneme si, že hovorí o „dobrých mravoch súťaže“⁶. Používa ho len raz. Tento pojem súvisí s, v tom čase ešte existujúcim, (kapitalistickým) odvetvím obchodného práva, ktoré onedlho zaniklo. Inak, podobne ako jeho nástupca, pracuje OZ z r. 1950 s „pravidlami socialistického spolužitia“⁷ a so „všeobecným záujmom“⁸ (podobným

¹ Znenie Občianskeho zákonníka z roku 1964 používalo pojem „mravný“ explicitne len na jednom mieste – v súvislosti s právnou spôsobilosťou maloletých. § 9 stanovoval, že „maloletí majú spôsobilosť len na také právne úkony, ktoré sú svojou povahou primerané rozumovej a mravnej vyspelosti zodpovedajúcej ich veku“. Aktuálne znenie paradoxne vypustilo z § 9 slovo „mravnej“ a nahradilo ho slovom „vôľovej“ (ideovo však zrejme nejde o zásadný zásah – mravná zodpovednosť predsa predpokladá slobodu vôle).

² Novela OZ, zákon č. 509/1991 Zb. ktorým sa mení, dopĺňa a upravuje Občiansky zákonník.

³ Napr. § 39: „Neplatný je právny úkon, ktorý svojím obsahom alebo účelom odporuje zákonu alebo ho obchádza alebo sa prieči záujmom spoločnosti.“

⁴ Napr. § 148 ods. 2: „Zo závažných dôvodov, najmä ak by ďalšie trvanie bezpodielového spoluvlastníctva odporovalo pravidlám socialistického spolužitia, môže súd na návrh niektorého z manželov toto spoluvlastníctvo zrušiť i za trvania manželstva.“ § 409: „Darca sa môže domáhať vrátenia daru, ak sa obdarovaný správa k nemu alebo k členom jeho rodiny tak, že tým hrubo porušuje pravidlá socialistického spolužitia.“ § 424: „Za škodu zodpovedá i ten, kto ju spôsobil úmyselným konaním proti pravidlám socialistického spolužitia.“

⁵ Vidno to aj na tzv. „Základných zásadách“, ktoré pôvodná podoba OZ obsahovala. Podľa článku VI platilo, že „výkon práv a povinností vyplývajúcich z občianskoprávných vzťahov musí byť v súlade s pravidlami socialistického spolužitia“ a hneď nasledujúci článok VII stanovoval, že „nikto nesmie zneužívať svoje práva proti záujmom spoločnosti alebo spoluobčanov a nikto sa nesmie na úkor spoločnosti alebo spoluobčanov obohacovať“.

⁶ § 352 ods. 1: „Od toho, kto sa ocitne v hospodárskom styku v rozpore s dobrými mravmi súťaže konaním spôsobilým poškodiť súťažiteľa, môže sa každý súťažiteľ, ktorý týmto konaním utrpel škodu alebo ktorému škoda priamo hrozí, domáhať, aby sa zdržal takého konania a odstránil závadný stav, ktorý spôsobil.“

⁷ No tento pojem sa v ňom vyskytoval len raz, a to v § 31 ods. 1, podľa ktorého „prejav vôle treba vykladať tak, ako to so zreteľom na okolnosti, za ktorých bol urobený, zodpovedá pravidlám socialistického spolužitia“.

⁸ Napr. § 36 ods. 1: „Neplatný je právny úkon, ktorý sa prieči zákonu alebo všeobecnému záujmu.“ Implicitnú prítomnosť tohto pojmu si možno všimnúť aj v § 3, podľa ktorého „nikto nesmie zneužívať občianske práva na škodu celku“.

pojmom ako „záujmy spoločnosti“). Okrem toho v ňom nájdeme aj odkaz na „zásady slušnosti“.⁹

Je vhodné podotknúť, že oba Občianske zákonníky vo svojej pôvodnej podobe poznali termín „dobromyseľnosť“¹⁰ a to vo význame zhodnom s dnešným.

Socialistická právna úprava sa teda v odkazoch na dobromyseľnosť (dobrú vieru) od tej súčasnej nelíšila, zásadne však nepoužívala pojem „dobré mravy“. Namiesto toho sa tu stretávame s pojmami ako „záujem spoločnosti“, „všeobecný záujem“, „pravidlá socialistického spolužitia“ a „zásady slušnosti“. Otázkou je, či a do akej miery sa obsah týchto pojmov líšil od obsahu aktuálne používaného pojmu „dobré mravy“. Na túto otázku hneď odpoviem, aby sme však uzavreli sondáž do „československého“ občianskeho práva, siahnime ešte do Všeobecného občianskeho zákonníka z r. 1811 (tzv. ABGB), ktorý na časti územia Československa platil až do roku 1950.

ABGB na rozdiel od svojich komunistických nástupcov pojem „dobré mravy“ poznal a niekoľko krát naň odkazoval.¹¹ Okrem toho hovoril o „mravnom“ a „nemravnom chovaní“, „dobrých mravoch rodiny“ a pod.

Zdá sa teda, že porevolučná novela je snahou o návrat k terminológii vlastnej dobe pred „víťazného februára“. Prečo? Odpoveď je jednoduchá. Dôvodom takéhoto návratu bola skutočnosť, že obsah pojmov „pravidlá socialistického spolužitia“ a „záujem spoločnosti“ („všeobecný záujem“) sa od obsahu pojmu „dobré mravy“ líšil.

Pojem „pravidlá socialistického spolužitia“ už sám osebe prezrádza svoju ideologickú podmienenosť. Išlo o pravidlá, ktoré mali podporovať a zabezpečovať chod socialistického spoločenského zriadenia. Ved' po tom, čo „Vyhlásenie“ (preambula) Ústavy Československej socialistickej republiky č. 100/1960 Zb. skonštatovalo, že „socializmus v našej vlasti zvíťazil“ a prvá hlava Ústavy ustanovila a definovala socialistické spoločenské zriadenie, článok 19 (prvý článok druhej hlavy, ktorá upravovala práva a povinnosti občanov) v odseku 1 uviedol: „V spoločnosti

⁹ Napr. § 338 ods. 1, podľa ktorého „za škodu zodpovedá aj ten, kto ju spôsobí úmyselným úkonom proti zásadám slušnosti“.

¹⁰ OZ z r. 1964 ho používal trikrát – v § 458 ods. 2, v § 459 a v § 486. V OZ z r. 1950 sa nachádzal štyrikrát – v § 125, v § 145 ods. 1, v § 322 a v § 557 ods. 1.

¹¹ V § 26 sa uvádzalo: „Nedovolené spoločnosti sú však tie, ktoré sú politickými zákonmi zvlášť zakázané, alebo priečia sa zrejme bezpečnosti, verejnému poriadku alebo dobrým mravom;“ v § 879 sa uvádzalo: „Zmluva, ktorá se prieči zákonnému zákazu alebo dobrým mravom, je neplatná;“ v § 1295 sa uvádzalo: „I ten, kto spôsobí úmyselne škodu spôsobom, priečiacim sa dobrým mravom, zodpovedá za ňu.“

pracujúcich, v ktorej je odstránené vykorisťovanie človeka človekom, sú rozvoj a záujmy každého jej príslušníka v súlade s rozvojom a záujmami celej spoločnosti. Práva, slobody a povinnosti občanov slúžia teda slobodnému, všestrannému rozvoju a uplatneniu osobnosti občanov a zároveň upevneniu a rozvoju socialistickej spoločnosti; s jej rozvojom sa ďalej rozširujú a prehlbujú.“ Článok 38 (posledný článok tejto hlavy) zároveň dodal, že „neoddeliteľnou súčasťou občianskych povinností“ je „uvedomeľé zachovávanie pravidiel socialistickeho spolužitia“. Vidno teda, že „pravidlá socialistickeho spolužitia“ boli nástrojom socialistickeho spoločenského zriadenia a tiež, že obsah tohto pojmu ovplyvnil aj chápanie pojmu „záujmy spoločnosti“ (viď čl. 19).

Pojem „záujmy spoločnosti“ (rovnako ako pojem „všeobecný záujem“, použitý v OZ z r. 1950, ktorý nebol nikde bližšie definovaný, no počas svojej platnosti bol nepochybne vykladaný v súlade s dobovými hodnotami¹²) je sám osebe hodnotovo neutrálny a teoreticky mohol ostať v OZ zachovaný aj po zmene režimu v r. 1989 (akurát by dostal aktuálnejší obsah, čo v prípade pojmu „pravidlá socialistickeho spolužitia“ nebolo možné vôbec). Zrejme tu však bol politický záujem na takej zmene terminológie, ktorá by ani len náznakom neasociovala predchádzajúcu dobu. Dôvodová správa k novele § 39 OZ z r. 1991, ktorou bol pojem „záujmy spoločnosti“ nahradený pojmom „dobré mravy“ v tomto duchu uvádza: „Novovo použitý termín odstraňuje triedny podtext tohto všeobecného ustanovenia, ktoré má rozhodujúci význam pre posudzovanie platnosti

¹² Ak by sme sa pokúšali o dobovú interpretáciu, zrejme by sme našli aj rozdiely v obsahu pojmov „všeobecný záujem“ a „záujmy spoločnosti“. OZ z r. 1950 bol totiž vydaný ešte v tzv. „období diktatúry proletariátu“, ktoré sa vyznačovalo odlišnými inštrumentálnymi hodnotami než tzv. „obdobie budovania socializmu“, v ktorom bol vydaný OZ z r. 1964. O prechode od prvého spomínaného štádia do druhého svedčia aj preambuly Ústav z rokov 1948 a 1960. V prvej sa uvádza: „Teraz sme sa rozhodli, že náš oslobodený štát bude štátom národným, zbaveným všetkých nepriateľských živlov (...). Chceme, aby to bol štát ľudovej demokracie (...). (...) Po tejto ceste chceme dôjsť k spoločnému poriadku, v ktorom bude úplne odstránené vykorisťovanie človeka človekom – k socializmu.“ Na rozdiel od toho preambula Ústavy z r. 1960 už uvádza: „Socializmus v našej vlasti zvíťazil! Vstúpili sme do nového obdobia našich dejín a sme odhodlaní ísť ďalej k novým, ešte vyšším cieľom. Dovršujúc socialistickú výstavbu, prechádzame k budovaniu vyspelej socialistickej spoločnosti a zhromažďujeme sily na prechod ku komunizmu.“ Keďže prvé obdobie bolo obdobím „revolučným“ („sme odhodlaní brániť všetkými svojimi silami vymoženosti našej národnej a demokratickej revolúcie proti všetkým snahám domácej i zahraničnej reakcie, ako sme znovu pred celým svetom osvedčili svojim vystúpením na obranu ľudovo demokratických poriadkov vo februári 1948“ (preambula Ústavy)), boli v ňom uplatňované razantnejšie prostriedky a tým pádom aj „verejný záujem“ mal zrejme iný obsah než „záujmy (už socialistickej) spoločnosti“ v druhom období. Zdá sa, že tento posun si uvedomovali aj právni teoretici. Napríklad Anton Zirin poukazoval na skutočnosť, že po „období diktatúry proletariátu“ nastúpilo „obdobie budovania socializmu“, ktoré má byť význačné humanizačnými tendenciami a tvrdil, že zvlášť legislatívci „si musia byť vedomí úlohy ďalšej humanizácie nášho práva“ (viď: Zirin, A.: Humanizácia nášho práva. In: Právny obzor, 1967, č. 1, s. 34).

právných úkonov.“¹³ Dôvodová správa k § 148 uvádza, že „nová úprava zodpovedá nastatým politickým a spoločenským zmenám, je návratom k osvedčenému pojmu „dobrých mravov“ v občianskom práve“¹⁴. Podobne sa dôvodová správa vyjadruje k § 471, podľa ktorej „úprava zodpovedá jednotnej koncepcii k návratu osvedčeného pojmu „dobré mravy““¹⁵.

Práve túto „osvedčenosť“ možno historicky najbližšie vyvodzovať zo spomínaného ABGB. K oživeniu pojmu „slušnosť“ resp. „zásady slušnosti“ (ktorý obsahoval predchádzajúci OZ z r. 1950), pojmu, ktorý je nepochybne nadčasový, ideologicky neutrálny a nevzbudzuje žiadne dobové konotácie, zrejme nedošlo práve z dôvodu záujmu vrátiť sa k jednotnej, historicky staršej terminológii.

Sumarizujme doposiaľ povedané: Súčasná prítomnosť inštitútu dobrých mravov v OZ historicky nesúvisí s predchádzajúcimi (socialistickými) československými Občianskymi zákonníkmi, ale nadväzuje na ABGB a tradíciu, z ktorej čerpal tento zákonník (pokiaľ ide o pojem „dobromyseľnosť“, domnievam sa, že ho nebolo potrebné nahradiť pojmom „dobrá viera“¹⁶ pre jeho ideologickú neutralitu).

Jedná sa teda o určitú historickú kontinuitu, preberá sa už dávnejšie existujúca terminológia. Do akej miery je tu však zachovaná kontinuita axiologická? Povedané inak: Má dnes pojem „dobré mravy“ rovnaký význam ako pred dvesto rokmi?

Komentáre k Občianskemu zákonníku sa dnes v zásade zhodujú, že pod „dobrými mravmi“ možno rozumieť „súbor určitých morálnych noriem, (...) u ktorých existuje všeobecný záujem (spoločenská dohoda) ich rešpektovať“¹⁷ a že sú to normy, ktoré „podliehajú spoločenskému vývoju“¹⁸, že sa „v súlade so spoločenským vývojom v určitej miere rozvíjajú“¹⁹. V učebnici občianskeho práva sa podobne vyjadruje aj profesor Lazar, ktorý uvádza, že „dobré mravy“ sú nepísané spoločenské a mravné pravidlá, „ktoré sú v danej spoločnosti v prevažnej miere uznávané“²⁰ a

¹³ Dôvodová správa k novele OZ č. 509/1991 Zb. (dostupné na: <http://www.nrsr.sk/dk/Download.aspx?MasterID=85733>, dňa 21.04.2011).

¹⁴ Tamtiež.

¹⁵ Tamtiež.

¹⁶ Vid' § 1493 ABGB.

¹⁷ Fekete, I.: Občiansky zákonník – komentár. Bratislava: Epos, 2007, s. 41.

¹⁸ Svoboda, J. a kol.: Občiansky zákonník – komentár a súvisiace predpisy. Bratislava: Eurounion, 2005, s. 30.

¹⁹ Švestka, J. - Spáčil, J. - Škárová, M. - Hulmák, M. a kol.: Občianský zákoník I. § 1-459. Komentár. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2008, s. 60.

²⁰ Lazar, J. a kol.: Občianske právo hmotné 1. Bratislava: Iura edition, 2006, s. 20.

ktoré „nie sú ničím nemenným, podliehajú určitým vývojovým zmenám v závislosti od zmien v spoločnosti, ktoré podmieňujú úroveň spoločenského, morálneho a právneho cítenia“²¹.

Odpoveďou citovaných autorít na položenú otázku teda je, že pod dobrými mravmi dnes nerozumieme celkom to isté, ako pred dvesto rokmi, pretože spoločenské konvencie sa predsa vyvíjajú.

Otázkou však je, či existuje nejaký prienik (jadro, spoločný základ), ktorý sa za tých dvesto rokov nezmenil.

Pozrime sa ako ABGB pracuje s pojmom „dobré mravy“ a odkiaľ tento pojem vzal. Tým priamo trielime k otázke, či možno inštitút dobrých mravov považovať za súčasť judeo-kresťanskej tradície.

§ 879 ABGB nám naznačuje, čo tento zákon rozumie pod dobrými mravmi. Nachádza sa tu krátky demonštratívny výpočet, v ktorom je za nemravné²² označené uzavretie zmluvy, ktorou bude niečo vymienené za vyjednanie manželskej zmluvy (teda vlastne navádzanie na sobáš z vypočítavosti), konanie právneho zástupcu, ktorý na seba prevedie vec, ktorá je predmetom sporu (teda obohacovanie sa na neistom právnom postavení druhého), prevod veci z dedičského podielu na tretiu osobu ešte za života poručiteľa (teda akási „kúpa nádeje na úmrtie poručiteľa“) a uzavretie zmluvy v tiesni za nápadne nevýhodných podmienok (čiže úžera).

Ak v tom chceme vidieť judeo-kresťanský odkaz hodnoty manželskej lásky²³, úcty voči svojim rodičom a predkom²⁴, či zákazu zdierania blížneho²⁵, môžeme. Pretrvávajúce kresťanské pozadie rakúskej spoločnosti na začiatku 19. storočia možno v ABGB cítiť. Napríklad ustanovenie § 205 explicitne prikazuje poručníkovi zložiť sľub, že chce zverenieho neplnoletého viesť k „bázi božej a cnosti“.

Na druhej strane, v odbornej literatúre sa opakovane uvádza, že ABGB ako novoveký kódex súkromného práva, vychádza predovšetkým z rímskeho práva. Preto treba pri hľadaní koreňov jeho pojmov zohľadniť aj túto skutočnosť. Profesor Lazar uvádza, že „už v rímskom práve známe pravidlo, že zmluvy „contra bonos mores“ sú neplatné, bolo prevzaté v podstate do

²¹ Lazar, J. a kol.: Občianske právo hmotné 1. Bratislava: Iura edition, 2006, s. 21.

²² Nižšie uvedené konania síce za nemravné explicitne neoznačuje, možno k tomu však prísť jednoduchým systematickým výkladom (čítaním kontextu § 879, z ktorého je to podľa môjho názoru zrejmé).

²³ Vid' napr. Efezským 5:25-33.

²⁴ Vid' napr. Exodus 20:12.

²⁵ Vid' napr. Leviticus 25:17.

všetkých občianskoprávných kódexov západnej a strednej Európy, kde sa veľmi intenzívne uplatňuje dosiaľ²⁶.

Právny inštitút dobrých mravov je teda v prvom rade dedičstvom rímskej právnej vedy. Predstavoval súčasť rímskeho poňatia prirodzeného práva ako „ars boni et equi“, o ktorom „prevažuje názor, že spočiatku (...) malo len význam rečnícky, neskôr aj sociálny a pod vplyvom kresťanstva náboženský, a až za Justiniána sa pojem prirodzeného práva stal právnou kategóriou v tom zmysle, že v duchu etického zamerania, dobrého a spravodlivého, mala sa uberať zákonodarná a administratívna činnosť i súdna prax“²⁷. Platí to aj o inštitúte dobrých mravov. V najstaršej rímskej spoločnosti predstavovali „súhrn etických všeobecne zachovávaných a uznávaných, avšak právne nezáväzných príkazov“²⁸. Až neskôr sa stali právne záväznými; „postupne (...) prameňom početných právnych noriem a inštitúcií“²⁹.

Zdôrazneniu hodnoty prirodzeného práva a (priamo či nepriamo) aj samotného inštitútu dobrých mravov, nepochybne napomohla aj kristianizácia Európy. Kresťanstvo, ktoré požaduje „mravočisté obcovanie“³⁰, bolo totiž s inštitútom dobrých mravov vskutku konformné. Nepochybné sú tiež „sympatie“ kánonického práva voči rímskemu právu, keďže sa ním nechalo zásadne ovplyvniť (v danom kontexte možno spomenúť, že Kódex kánonického práva aj v súčasnosti na niekoľkých miestach výslovne odkazuje na dobré mravy³¹). Kresťanská tradícia teda prevzala a podržala časť rímskej jurisprudencie.

Snáď teda možno povedať, že historicky síce vd'ačíme za prítomnosť inštitútu dobrých mravov v našom práve v prvom rade rímskemu právu, no sprostredkované ho možno považovať aj za súčasť kresťanskej tradície, čiže za „pokresťančený“ (prípadne za „po-judeo-kresťančený“).³²

²⁶ Lazar, J. a kol.: Občianske právo hmotné 1. Bratislava: Iura edition, 2006, s. 20.

²⁷ Rebro, K. - Blaho, P.: Rímske právo. Bratislava: Obzor, 1991, s. 51.

²⁸ Bartošek, M.: Encyklopedie římského práva. Praha: Academia, 1994, s. 187.

²⁹ Tamtiež.

³⁰ Vid' 1. Petrova 3:2.

³¹ Vid' napr. kánon 823, kánon 831, kánon 1369.

³² Nebolo by však asi presné označiť ho za súčasť „judeo-kresťanskej tradície“, pretože sa nejedná o pôvodný inštitút staroizraelského práva, ktorý by bol neskôr prevzatý kresťanstvom, teda o akýsi originálny biblický právny inštitút, ale o právny inštitút prevzatý z rímskeho práva a kresťanstvom len prijatý. Samozrejme, hovoríme o dobrých mravoch len ako o právnom inštitúte, požiadavka mravnej čistoty a slušnosti je inak v Biblii zjavne prítomná (napr. 1. Korinským 15:33: „Nedajte sa zväzdať! Zlé reči kazia dobré mravy.“, či Kristovo „zlaté pravidlo“ podľa Matúša 7:12: „Všetko tedy, čokoľvek by ste chceli, aby vám ľudia činili, to aj vy im činite. Lebo to je zákon aj proroci.“).

Ak existuje určitý súvis inštitútu dobrých mravov nielen s rímskym právom, ale aj s kresťanskou tradíciou, ponúka sa myšlienka, že súčasný obsah tohto pojmu má kresťanské (judeo-kresťanské) zafarbenie. Uvážme, či je tomu tak.

Od historickej perspektívy riešenia otázky axiologickej kontinuity pomaly smerujeme k perspektíve právno-filozofickej a ústavnoprávnej.

Najprv sa pozastavme pri obľúbenej koncepcii prirodzeného práva a podotknime, že ide o koncepciu, ktorej akceptáciu možno u nás vidieť v ústavnom zákone č. 23/1991 Zb., ktorým sa uvádza Listina základných práv a slobôd (ďalej len „Listina“). Prvou skutočnosťou, ktorá je v preambule Listiny skonštatovaná, je, že Federálne zhromaždenie sa na Listine uznáva „uznávajúc neporušiteľnosť prirodzených práv človeka“. Listina je pritom reakciou na „trpké skúsenosti z čias, keď ľudské práva a základné slobody boli v našej vlasti potláčané“³³. Po komunistickom režime, ktorého filozofia vychádzala „z neuznávania nejakých trvalých, nemenných, spoločensky prirodzených mravných hodnôt a ich hierarchie“ a „abstraktného buržoázneho humanizmu“³⁴, nastáva u nás renesancia prirodzeného práva (mimochodom, koncepciu prirodzeného práva uznával aj ABGB)³⁵. Niekoľko mesiacov po prijatí Listiny prechádza parlamentom spomínaná novela Občianskeho zákonníka č. 509/1991 Zb., ktorou sa doň zavádza pojem „dobré mravy“. Znamená to, že tento pojem má mať prirodzenoprávny obsah. Preto treba pod ním rozumieť nielen pravidlá slušnosti (teda meniace sa spoločenské konvencie), ale aj určitú objektívnu, nadčasovú morálku. V tomto zmysle sa vo svojom komentári k OZ vyjadruje aj Imrich Fekete, ktorý o dobrých mravoch uvádza, že sa jedná o etické spoločenské normy, „z ktorých niektoré sú trvalou a nemennou súčasťou ľudskej spoločnosti, iné sa so spoločnosťou vyvíjajú“³⁶.

Možno teda skonštatovať nasledovné: za právnym inštitútom dobrých mravov stoja objektívne morálne normy, ktoré požadujú jednak ochranu

³³ Vid' preambula Listiny.

³⁴ Vid' Zirin, A.: Humanizácia nášho práva. In: Právny obzor, 1967, č. 1, s. 23. Vtedajšia teória sa vyhýbala akceptácii metafyzického chápania morálnych hodnôt: „Jediné správne riešenie, podľa nášho názoru, je vychádzať predovšetkým zo spoločenskej podmienenosti práva i morálky, zdôrazniac pritom špecifickosť týchto normatívnych systémov.“ (Đurajová, L.: O vzťahu práva a morálky. In: Právny obzor, 1968, č. 6, s. 491.)

³⁵ § 7, druhá veta: „Ak zostane právny prípad ešte pochybný, musí byť rozhodnutý podľa prirodzených zásad právnych.“ § 17: „Čo je primerané vrozeným prirodzeným právam, o tom se má potiaľ za to, že tu je, pokiaľ sa nepreukáže zákonné obmedzenie týchto práv.“

³⁶ Fekete, I.: Občiansky zákonník – komentár. Bratislava: Epos, 2007, s. 41.

objektívnych morálnych hodnôt, a jednak tiež dodržiavanie relatívnych, spoločensky podmienených pravidiel slušnosti.³⁷

Spoločný prienik v obsahu pojmu dobrých mravov podľa súčasného Občianskeho zákonníka a ABGB preto musí existovať. Znamená to, že pojem „dobré mravy“ má v súčasnosti kresťanský obsah? Jedná sa o „kresťanské dobré mravy“?

Domnievam sa, že odpoveď ponúka Listina a Ústava SR. Z pohľadu hodnôt nimi vyznávaných dostáva kresťanská morálka priestor v intenciách pravidiel slušnosti – teda rešpektovania zaužívaných tradícií a tiež rešpektovania (kresťanského) náboženského presvedčenia spoluobčanov. Nemožno ju však považovať za oficiálnu ústavnú morálku, pretože ako Listina (čl. 2), tak Ústava SR (čl. 1) uvádzajú, že štát sa neviaže na žiadnu ideológiu ani náboženstvo.³⁸ Pod dobrými mravmi teda môžeme rozumieť niektoré kresťanské normy (požiadavky na životný štýl), nie však všetky. Nebude napríklad možné dovoľávať sa neplatnosti zmluvy o odvysielaní (každého) videoklipu alebo filmu, ktorý je z kresťanského pohľadu nemravný, zmluvy o výrobe billboardov propagujúcich používanie antikoncepcie alebo o nájme reklamnej plochy slúžiacej na tento účel, či jednoducho zmluvy, ktorá bola uzatvorená v nedeľu. Tak ďaleko ísť nemožno.

Na druhej strane, v našej spoločnosti sú dostatočne vžitú zásady rešpektovania posvätných miest (ak by napríklad cirkev vo svojej starostlivosti o mládež venovala deťom z ulice športové vybavenie, a tieto deti by sa s darovanými kolieskovými korčuľami a hokejkami opakovanne preháňali po cintoríne či kostole, mohla by sa cirkev na základe § 630 OZ domáhať vrátenia daru pre hrubé porušovanie dobrých mravov), zákazu úžery na svojom blížnom (napr. neprimerane vysokú zmluvnú pokutu môže súd znížiť; viď § 545a OZ; to je však len príklad zákonnej normy, pričom inštitút dobrých mravov sa uplatní práve v tých situáciách, ktoré nie sú zákonom explicitne pokryté – príkladom by mohla byť dohoda o neprimerane vysokom úroku), ochrany intimity (zmluvné dojednanie, podľa ktorého by bola jedna zmluvná strana povinná pravidelne informovať druhú zmluvnú stranu o svojom intímnom živote, by bolo určite neplatné pre rozpor s dobrými mravmi) a iné zásady, výchovu v duchu ktorých možno v našom prostredí považovať za súčasť judeo-kresťanskej tradície.

³⁷ Možno je to zároveň ďalšia odpoveď na otázku, prečo nedošlo k navráteniu pojmu „zásady slušnosti“ do OZ, ale k uprednostneniu pojmu „dobré mravy“. Pripúšťam však, že sú to špekulatívne úvahy na úrovni teórie morálky, ktorou sa dobový zákonodarcia v takomto zmysle možno vôbec nezaoberal.

³⁸ V ďalšom odkazujem na svoju dizertačnú prácu s názvom „Právo a morálka“ (viď Turčan, M.: Právo a morálka. Bratislava, 2010, 118 s.)

Možno teda povedať, že obsah pojmu dobrých mravov je čiastočne poznačený judeo-kresťanskou tradíciou. Toto poznačenie však má svoje limity, ktoré význam tejto skutočnosti značne relativizujú. Znamená to, že ak by sme aj na otázku, či možno právny inštitút dobrých mravov považovať za súčasť judeo-kresťanského dedičstva, odpovedali kladne, z praktického hľadiska by to nepredstavovalo zásadný rozdiel oproti situácii, keď by sme na ňu odpovedali záporne. V neposlednom rade treba tiež pripomenúť, že hoci podržanie právneho inštitútu dobrých mravov môže slúžiť kresťanskej tradícii na chválu (platí to z jusnaturalistickej perspektívy, pozitivistu by zrejme mali iný názor), tento inštitút je predovšetkým dedičstvom rímskeho práva.

Napokon, aby som neobišiel inštitút dobromyseľnosti, považujem za vhodné uviesť, že naše právo ho v princípe takisto prevzalo z rímskeho práva a že má morálnu podstatu (predstavuje požiadavku ochrany subjektu, ktorý koná v dobrej viere (teda s čistým svedomím), znamená „presvedčenie nadobúdateľa, že konal statočne (čestne)“³⁹, hoci formálne jeho konanie vykazuje právne nedostatky). Otázka možného súvisu s judeo-kresťanskou tradíciou je tu však prakticky irelevantná, pretože dobromyseľnosť na rozdiel od dobrých mravov neposkytuje široký priestor na úvahy o jej obsahu, keďže predstavuje podstatne užší a konkrétnejší pojem (subjekt buď je dobromyseľný alebo nie, „tertium non datur“).

Literature:

Zirin, A.: Humanizácia nášho práva. In: Právny obzor, 1967, č. 1, s. 21-34.

<http://www.nrsr.sk/dk/Download.aspx?MasterID=85733>, dňa 21.04.2011.

Fekete, I.: Občiansky zákonník – komentár. Bratislava: Epos, 2007, 1064 s., ISBN 978-80-8057-688-2.

Svoboda, J. a kol.: Občiansky zákonník – komentár a súvisiace predpisy. Bratislava: Eurounion, 2005, 1345 s., ISBN 80-88984-64-5.

Švestka, J. - Spáčil, J. - Škárová, M. - Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník I. § 1-459. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2008, 1236 s., ISBN 978-80-7400-004-1.

Lazar, J. a kol.: Občianske právo hmotné 1. Bratislava: Iura edition, 2006, 635 s., ISBN 80-8078-084-6.

Rebro, K. - Blaho, P.: Rímske právo. Bratislava: Obzor, 1991, 429 s., ISBN 80-215-0158-8.

Bartošek, M.: Encyklopedie římského práva. Praha: Academia, 1994, 471 s., ISBN 80-200-0243-X.

³⁹

Rebro, K. - Blaho, P.: Rímske právo. Bratislava: Iura edition, 2003, s. 273.

Đurajová, L.: O vzťahu práva a morálky. In: Právny obzor, 1968, č. 6, s. 485-497.

Rebro, K. - Blaho, P.: Rímske právo. Bratislava: Iura edition, 2003, 497 s., ISBN 80-89047-53-X.

<http://www.kbs.sk/?cid=1117699770>, dostupné dňa 28.04.2011.

Svätá Biblia. Praha, 1964, 1219 s.

Contact – email

martin.turcan@flaw.uniba.sk

DOBŘÉ MRAVY A MORÁLKA V SOUVISLOSTI S ŽALOBAMI WRONGFUL LIFE A WRONGFUL BIRTH

JANA VOLKOVÁ

Katedra občanského práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno,
Česká Republika

Abstract in original language

Ve svém příspěvku se zabývám žalobami wrongful life a wrongful birth, u kterých se střetávají jak aspekty právní, tak morální. Základní otázkou, kterou musí soudy při rozhodování ve věcech wrongful life a wrongful birth vyřešit, je, zda může být dítě nebo lidský život považován za škodu, ze které by vyplýval nárok na její náhradu. V příspěvku se zamyslím nad tím, co by měli rodiče či postižené dítě žádat jako náhradu škody, a také nad tím, který z nároků by se mohl jevit v rozporu s dobrými mravy. Příspěvek se proto bude soustředit na vztah dobrých mravů, morálky a žalob wrongful life a birth.

Key words in original language

wrongful life, wrongful birth, náhrada škody, dobré mravy

Abstract

The primary focus of my contribution is relationship between good morals, ethics and wrongful life and wrongful birth cases. The conflict between legal issues of damage and philosophical /ethical /moral issues will be pointed out. The basic question in wrongful life and birth cases is, if the existence of a child can constitute a legally reparable loss and if a pure existence of a person could represent damage.

Key words

wrongful life, wrongful birth, damages, good morals

Náhrada škody je všeobecně vnímána jako oprávněný nárok osoby, které někým nebo něčím vznikla škoda. Narození dítěte je všeobecně vnímáno jako pozitivní událost. V případě spojení náhrady škody za narození dítěte se však veřejné mínění zcela změní a do náhrady škody vstoupí prvek morálky a také zcela odlišné názory společnosti na možnost umělého přerušení těhotenství, na zátěž při péči o postižené dítě, atd. Dojde ke střetu práva na straně jedné a dobrých mravů, etiky a náboženství na straně druhé.

A právě s touto otázkou souvisí náhrada škody v případech wrongful life a wrongful birth¹.

V zahraničí nejsou tyto žaloby žádnou novinkou. První z nich byla podána ve Spojených státech amerických ve 30. letech 20. století, a to v důsledku vadné sterilizace a následného narození dítěte. Vzhledem k tomu, že k rozvoji prenatalní diagnostiky došlo masově teprve v posledních 20 letech, týkaly se původní žaloby ve většině případů narození zdravých dětí po chybném provedení sterilizace nebo interrupce². Žaloby wrongful life a wrongful birth řeší v současné době soudy na celém světě, a to jak v Evropě, Spojených státech amerických, Austrálii³, ale medializovány jsou případy např. i v Jihoafrické republice⁴. Velice rozsáhlá judikatura týkající se těchto případů existuje již v Německu a Rakousku⁵. V jednotlivých státech dochází k určitým modifikacím těchto žalob (např. wrongful conception, wrongful pregnancy), k odchylkám, ale v rámci lepší uchopitelnosti problému je vhodné najít společné prvky a pojem žalob wrongful life a wrongful birth zobecnit.

V případě zjednodušeného pojetí lze za žaloby wrongful birth považovat ty, ve kterých rodiče žádají prostřednictvím soudního řízení náhradu škody, která jim vznikla v souvislosti s narozením dítěte v důsledku porušení povinnosti lékaře.

Podstatou žalob wrongful life je škoda způsobená postiženému dítěti narozením. Aktivně legitimovaným je dítě a žaluje buď své rodiče nebo lékařské zařízení. Podrobnějšímu popisu jednotlivých žalob se budu věnovat níže.

1. WRONGFUL BIRTH

Jak již bylo výše zmíněno, základem žalob wrongful birth je újma způsobená rodičům narozením dítěte, ke které došlo v důsledku porušení povinnosti lékaře. Aktivně legitimovaní k podání žaloby jsou rodiče dítěte. Pochybení lékaře lze rozdělit do dvou skupin. První spočívá v nečinnosti lékaře, tedy že neučinil to, k čemu měl povinnost. Konkrétně lékař

¹ Jak v České republice, tak v jiných neanglických zemích se používá označení žalob „wrongful life“ a „wrongful birth“, protože překlad a popis by byl zdouhavý a český ekvivalent neexistuje.

² Volková, J. Ochrana slabší strany prostřednictvím žalob „wrongful life“ a „wrongful birth“?. In COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno: Masaryk University, 2010, s. 790.

³ např. Cattanah v Melchior (2003) 199 ALR 131

⁴ např. Stewart v Botha (340/2007), dostupné z : <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2008/84.pdf>

⁵ např. rozsudek rakouského Nejvyššího soudního dvora ze dne 25. 5. 1999, čj. 1 OB 91/99k

neinformoval rodiče o tom, že se plod dítěte nevyvíjí správně, lékař nepoužil běžné diagnostické metody v těhotenství, nevyvodil z dostupných informací, že je plod postižený, dále např. nesdělil matce, která onemocní zarděnkami, že tato skutečnost může mít vliv na zdraví dítěte (Gleitman v. Cosgrove)⁶. V této skupině případů rodiče dítě chtěli, ale tuto skutečnost by případně přehodnotili v případě, že by věděli, že se dítě narodí postižené. Tím, že rodiče o postižení nevěděli, nemohla žena podstoupit interrupci a svobodně se rozhodnout, zda chce postižené dítě vychovávat. Pochybení lékaře spočívající v nečinnosti souvisí pouze s případy, kde se dítě narodilo zdravotně či mentálně postižené a bylo to možné již během těhotenství rozpoznat.

Druhá skupina pochybení lékaře spočívá na rozdíl od první skupiny v jeho činnosti, která je ale stížena vadou. Lékař byl aktivní, např. prováděl operaci, ale provedl ji neodborně, přehlédl určité skutečnosti a na základě pochybení se narodilo dítě. Nejčastějším případem je vadně provedená interrupce či sterilizace⁷. Rodiče dítě nechtěli – nezávisle na tom, jestli bylo postižené či nikoli – a pochybením lékaře se dítě narodilo. Na rozdíl od první skupiny tedy není rozhodné, zda se dítě narodilo zdravé či postižené.

U žalob *wrongful birth* je možné zkoumat předpoklady pro vznik odpovědnosti za škodu tak, jak je upravuje české právo. Těmito předpoklady jsou porušení právní povinnosti, škoda, příčinná souvislost mezi škodou a protiprávním úkonem a případně také zavinění.

1.1 PORUŠENÍ PRÁVNÍ POVINNOSTI

Jak již bylo zmíněno výše, porušení povinnosti může spočívat jak v aktivitě, tak nečinnosti lékaře. Nejlépe prokazatelné jsou případy vadně provedeného zákroku, kdy se po nevhodně provedené sterilizaci či interrupci narodí dítě. Již horší možnost prokázání porušení povinnosti nastává v případech, kdy lékař špatně provede prenatální diagnostiku, ženu vadně informuje o jejím zdravotním stavu či vlivu dané nemoci na plod. V mnoha případech musí soudy posuzovat dvě protichůdná tvrzení a pouze usuzovat na to, které z nich je pravdivé.

V rámci porušení povinnosti lékaře je také možné zkoumat zavinění, které může mít formu nedbalosti – lékař např. nekontroluje v průběhu operace,

⁶ Rozhodnutí Nejvyššího soudu v New Jersey ze dne 6. 3. 1967, sp. zn. 49 N.J. 22 (1967) 227 A.2d 689, dostupné z: http://scholar.google.com/scholar_case?case=11699886038301392667&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar

⁷ srov. *Udale v Bloomsbury Area Health Authority* [1983] 1 WLR 1098, *Thake v Maurice* (1985) 2 WLR 215, *Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authorities* (1985) 2 WLR 233, rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 2. 2008, čj. 24 C 66/2001-97, rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 15. 7. 2009, čj. 1 Co 192/2008-134, a další.

zda byl zákrok proveden správně, nebo si postižení nevšimne či z nepozornosti a nedostatku času matce určité informace nesdělí. Zavinění lékaře by mohlo mít formu úmyslu např. za situace, že je lékař silně nábožensky založený a nesouhlasí s potraty a vědomě zamlčí určité skutečnosti, aby potratu zabránil.

1.2 ŠKODA

Pojem škody v rámci žalob wrongful birth je velice diskutovaný a jeho základem je stanovit, zda škoda skutečně nastala, co lze za škodu považovat a zda mají rodiče na náhradu škody nárok. Předmětem útoku u žalob wrongful birth je ve znění českých národních norem právo rodičů plánovat soukromý a rodinný život, resp. právo podstoupit interrupci. Pokusíme – li se tento předmět vyjádřit ve více praktické rovině, je zde napadeno právo rodičů rozhodnout se na základě informací o zdravotním stavu plodu o dalším trvání těhotenství, tedy právo rodičů mít dítě určitých vlastností či potratit dítě defektních vlastností⁸.

1.2.1 NAROZENÍ POSTIŽENÉHO DÍTĚTE

V případě, že se narodí na základě chyby lékaře postižené dítě, žádají rodiče náhradu škody proto, že se dítě vůbec narodilo. Pokud by totiž žena o postižení dítěte v průběhu těhotenství věděla, podstoupila by dle svého tvrzení interrupci. Rodiče také mohou žádat náhradu škody za výdaje spojené s péčí o postižené dítě, tedy rozdíl mezi náklady, které by vynaložili za dítě zdravé, a náklady, které navíc vzniknou v důsledku postižení. Jsou tím míněny náklady za zdravotní péči, zdravotnické pomůcky. Náklady nad rámec obvyklé výchovy vznikají i tím, že rodiče potřebují osobu, která by o dítě pečovala či sami již nemohou pracovat. Zatímco první případ nároku na náhradu škody ve většině případů soudy neuznávají s argumentací, že narození dítěte nelze považovat za škodu, s druhým z případů se soudy zabývají a rodičům náhradu škody přiznávají.

V případě, že v určitém státě umožněno podstoupit umělé přerušování těhotenství, vzniká rodičům škoda v případě, že jim toto právo nějaký subjekt odejme. Tak je tomu ve výše popsáných případech, kdy lékař učiní chybu. Pokud by však soudy rodičům přiznaly náhradu škody za pouhé narození dítěte, došlo by k rozporu s všeobecným nazíráním na život a ústavně zakotvenou ochranu lidského života. Soudy nemohou uzavřít, že narození dítěte je škodou, protože toto tvrzení není možné podložit dostatečnou argumentací, která by tento závěr zdůvodňovala. Soudy však mohou, a majoritní společnost s tímto závěrem souhlasí, přiznat náhradu škody, která vznikla v souvislosti s postižením dítěte. Konkrétně rodiče žádají náklady spojené s péčí o postižené dítě a jeho zdravotnickou péči.

⁸ Visinger R. Teoretické otázky žalob wrongful life a pohled recentní zahraniční judikatury. Právník, 2006, č.10, s. 1128.

Taktéž by rodiče mohli žádat náhradu nemajetkové újmy podle § 13 a následujících občanského zákoníku. V Německu se jedná o tzv. Schockschaden, tedy náhrada za šok rodičů. Jedná se případy, kdy jsou rodiče po vyšetřeních ujištěni, že se jim narodí zdravé dítě, a dítě se ve skutečnosti následně narodí postižené⁹.

U žalob wrongful life je nutný předpoklad, že by rodiče podstoupili interrupci, kdyby o postižení věděli, nebo lze usuzovat na to, že by tak učinili. Tenhle předpoklad je důležité prokázat zejména u případů, kdy porušení povinnosti lékaře spočívalo v chybné prenatalní diagnostice nebo v chybném poučení (ne tedy u případů chybně provedené interrupce). Kdyby totiž rodiče i u vědomosti skutečného stavu plodu interrupci odmítli, nelišil by se materiální a zdravotní stav rodičů po porušení povinnosti lékařem od stavu bez porušení této povinnosti a materiální škoda, popř. škoda/újma na zdraví by nemohla být prokázána. Jiná je otázka imateriální újmy, která by i v takovém případě mohla být prokázána. Právo plánovat soukromý a rodinný život totiž v této situaci bylo zasaženo už pouhým ohrožením¹⁰.

Rodiče by dále v případě, že byly splněny dvě podmínky, a to, že se narodilo postižené dítě a lékař postižení nezjistil nebo o něm rodiče neinformoval, mohli žádat náhradu škody ve smyslu § 442 občanského zákoníku. Důvodem by byla skutečnost, že se narozením postiženého dítěte zmenšil jejich majetek. Dále by přicházela v úvahu náhrada škody na zdraví ve smyslu § 444 občanského zákoníku, především náklady spojené s léčením a ztráta na výdělku¹¹.

V souvislosti s případem vadně provedené interrupce Vrchní soud v Olomouci v rozsudku ze dne 15. 7. 2009, sp. zn. 1 Co 192/2008, vyslovil, že *„při interrupci jde vždy o zásah do citlivých oblastí osobnosti ženy, vadně provedené umělé přerušování těhotenství bude zpravidla natolik závažným zásahem do osobnostních práv, že v úvahu přichází vedle morální satisfakce i relutární náhrada nemajetkové újmy“*.

1.2.2 NAROZENÍ ZDRAVÉHO DÍTĚTE

Zcela odlišná situace nastává v případě, že se rodičům dítěte narodilo dítě zdravé – jedná se zejména o případy špatně provedené sterilizace či interrupce. Zde se názory jak odborné, tak laické veřejnosti, zcela liší. Dochází zde ke střetu dvou názorů. Podle prvního je narození dítěte pozitivní skutečností, ze které nevyplývá žádná škoda. Podle druhého

⁹ Doležal, T. Náhrada škody za nechtěné dítě?. Právní rozhledy. 2006, č. 21, str. 785

¹⁰ Šustek, P. Ochrana osobnosti v oblasti péče o zdraví. Disertační práce. Karlova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Jiří Švestka.

¹¹ Volková, J. Ochrana slabší strany prostřednictvím žalob „wrongful life“ a „wrongful birth“?. In COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno: Masaryk University, 2010, s. 790.

mohou pouze sami rodiče rozhodovat o tom, zda dítě chtějí či ne, a žádná skutečnost by jim v tom neměla zabránit. Vždy je také nutné zohlednit, že spor rodičů s lékařem či nemocnicí vnímá také zdravé dítě, což v praxi způsobuje morálně velmi závažné následky. Dítě je součástí sporu, ve kterém rodiče žalují zařízení za to, že se dítě vůbec narodilo. To může mít zcela zásadní vliv na jeho vývoj, psychiku a také vzájemné rodinné vztahy. Soud je proto ve velmi obtížné situaci, protože nemůže své rozhodování omezit na to, že lékař jednal chybně a způsobil škodu, ale musí zohlednit také to, že jeho rozsudek může ovlivnit zdravé dítě. Jako názorný příklad může sloužit rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 2. 2008, čj. 24 C 66/2001-97, ve kterém se žalobkyně domáhala náhrady škody v penězích z důvodu nemajetkové újmy. Žalobkyně namítala, že jí škoda vznikla tím, že lékař provedl nesprávně umělé přerušení těhotenství plodu dvojčat a ženě se přes provedený zákrok narodilo dítě. Je nutné zdůraznit, že dítě se narodilo zdravé a v době vydání rozhodnutí krajského soudu mělo již 8 let.

Zahraniční soudy nepřiznávají tedy škodu za pouhé narození dítěte, ale uznávají právo rodiče plánovat vlastní rodinný život, dále bolest a psychickou újmu, která matce vznikla. Z těchto důvodů škodu přiznávají i u narození zdravého dítěte.

1.3 ZAVINĚNÍ A PŘÍČINNÁ SOUVISLOST

Již v části týkající se porušení právní povinnosti bylo zmíněno, že i u žalob wrongful birth může mít formu nedbalosti a ve zcela extrémních případech i formu úmyslu. Soudy musí také prokázat kauzální nexus mezi protiprávním úkonem a škodou.

2. WRONGFUL LIFE

U žalob wrongful life je aktivně legitimované k podání žaloby dítě. To žaluje vlastní rodiče nebo lékaře či zdravotnická zařízení. Pokud žaluje rodiče, pak z důvodu, že tvrdí, že pouhé narození a život s postižením je pro něj takovým utrpením, že by bylo lepší, kdyby se vůbec nenarodilo. Soudy žaloby wrongful life až na výjimky odmítají¹². Tvrdí, že život jako takový nelze považovat za škodu¹³. Pokud by totiž náhradu škody přiznaly, musely by stanovit, zda je život s postižením horší než nežít vůbec. V případě, že dítě žaluje lékaře za to, že jej vůbec nechali narodit, soudy žaloby odmítají také s tím, že pokud by uznaly lékaře odpovědným za škodu, vyslovily by tím, že je lékař odpovědný za samotné postižení dítěte. Pokud lékař neporušil svou povinnost, nelze mluvit o jakékoli náhradě škody. Avšak i v případě, že by k pochybení došlo, bylo by velice těžké stanovit, co je škodou a jaká výše náhrady by postiženému dítěti měla náležet.

¹² např. McKay v Essex Area Health Authority (1982) QB 1166

¹³ např. rozhodnutí německého ústavního soudu ze dne 28. 5. 1993, sp. zn. BVerfGE 88, 203

3. STŘET ŽALOB WRONGFUL LIFE A BIRTH S MORÁLKOU A DOBRÝMI MRAVY

Nejvyšší soud v rozhodnutí ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. 3 Cdon 69/96, vyslovil, že „Dobrymi mravy se rozumí souhrn společenských, kulturních a mravních norem, jež v historickém vývoji osvědčují jistou neměnnost, vystihují podstatné historické tendence, jsou sdíleny rozhodující částí společnosti a mají povahu norem základních“. Ústavní soud v usnesení ze dne 26. 2. 1998, sp. zn. II.ÚS 249/97, uvedl právní názor, že „Dobré mravy“ jsou souhrnem etických, obecně zachovávaných a uznávaných zásad, jejichž dodržování je mnohdy zajišťováno i právními normami tak, aby každé jednání bylo v souladu s obecnými morálními zásadami demokratické společnosti. Tento obecný horizont, který vývojem společnosti rozvíjí i svůj morální obsah v prostoru a čase, musí být posuzován z hlediska konkrétního případu také právě v daném čase, na daném místě a ve vzájemném jednání účastníků právního vztahu. Takovéto hodnocení přísluší výhradně obecným soudům, není ani v možnostech ústavního soudu vnikat do oněch subtilních vztahů jednotlivců, pokud jejich jednání nesignalizuje porušení základních práv a svobod“.

Názory většinové společnosti na žaloby wrongful life a birth se zcela zásadně liší podle toho, zda se rodičům narodilo zdravé či postižené dítě. V případě narození postiženého dítěte si lidé uvědomují, že péče o něj může být velmi finančně nákladná, jeden z rodičů v mnoha případech přestane pracovat a pečuje o něj doma. Může dojít k přetrhání společenských vazeb rodičů vůči okolí. Společnost si uvědomuje, že narození postiženého dítěte nemusí být benefitem, ale - odhlédnuto od mnoho pozitivních vlivů – také celoživotní zátěží. V případě, že soudy přiznají rodičům náhradu škody sestávající se z lékařských nákladů a náhradu nákladů spojených s péčí o postiženým dítětem, nebývají názory odlišné. Většina lidí si uvědomuje, že finanční podpora se bude vztahovat i na dítě a zajistí mu lepší podmínky. Jiné nazírání na věc by samozřejmě měli křesťané, kteří s interrupcemi zásadně nesouhlasí.

Zcela odlišná situace však nastává v případě, že se přes pochybení lékaře narodí zdravé dítě. Společnost je při utváření názoru na tuto problematiku ovlivněna různými skutečnostmi. Především tím, že mnoho párů nemůže mít – ač chce – dítě, narození dítěte je všeobecně považováno za pozitivní skutečnost, dítě může pečovat ve stáří o své rodiče, atd. Zcela zásadně se promítá také to, že zdravé dítě chápe, jaký soudní spor jeho rodič vede a zjišťuje, že se rodiče soudí za to, že se vůbec narodilo. To může způsobit značné psychické problémy a ovlivnit nejen vztahy v rodině, ale život dítěte jako takový.

Rozdíl mezi tím, zda se dítě narodí zdravé či postižené, činí i některé soudy v zahraničí. Zcela jednoznačně lze odlišné nazírání pozorovat v zásadních rozhodnutích soudů ve Velké Británii, konkrétně ve věci Emeh

v Kensington & Chelsea and Westminster Area Health Authority¹⁴, v rozhodnutí McFarlane v Tayside¹⁵ a Thake v Maurice¹⁶. Zde soudy nejprve uváděly, že nepřísluší náhrada škody za narození zdravého, ale i postiženého dítěte. Následně došlo k posunu a soudy již nebyl tak kategorický u náhrady škody při narození postiženého dítěte a následně soud přiznal náhradu škody i v případě, že se narodilo dítě zdravé (ale nikoli z důvodu „prostého narození“ dítěte, ale na základě škod způsobených v souvislosti s narozením).

Ve společnosti - odhlédnuto od zdraví dítěte - tedy existují dva názory. První prosazuje, že narození dítěte je za každých okolností pozitivní skutečností a prosazují ničím neomezené právo dítěte na život. Druhá skupina zastává právo ženy na svobodnou volbu toho, zda dítě mít bude či nikoli.

Soudy jsou proto při rozhodování o náhradě škody v případě narození zdravého či postiženého dítěte ve velmi obtížné situaci, protože řeší výše popsaný etický konflikt ve společnosti. Soudy ale v situaci, že existují zcela nejednotné názory u žalob wrongful life a wrongful birth, nemohou autoritativně stanovit, který z výše popsaných názorů vytváří „dobré mravy“ ve společnosti, která je zcela nejednotná. Jak uvedl Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 29. 2. 2008, čj. 24 C 66/2001-97: *„Tvorba "dobrých mravů" přináleží totiž z povahy věci výlučně společnosti samotné a nikoli soudu, který je návazně toliko oprávněn takto přijatá etická pravidla interpretovat v konkrétních případech jako morální pravidla společnosti již v rozhodující míře sdílená. Dokud nebude v těchto otázkách existovat společenská shoda, nelze o "dobrých mravech" v právním slova smyslu vůbec uvažovat a existující právo žalobkyně na náhradu vzniklé újmy odepírat. Za této situace by totiž bylo zamítnutí žaloby pro rozpor s dobrými mravy nikoli zohledněním rozdílných etických přístupů ve společnosti, ale naopak jejich totálním nezohledněním a svévolným autoritativním vyzdvižením toliko jednoho z těchto názorů (v daném případě pro-life) bez existence potřebné většinové společenské shody“.*

Z judikatury jednotlivých zahraničních soudů je zřejmé, že se názory na náhradu škody značně liší a lze také pozorovat značný názorový posun i v rámci jednotlivých zemí. Značně se projevuje také to, zda jednotlivé státy umožňují ženě podstoupit interrupci bez administrativních překážek, nebo je to možné pouze v případě, že ženě hrozí zdravotní újma. Taktéž jednotlivé státy rozdílně vnímají právo rodičů plánovat vlastní rodinný život. Tím, že z výše uvedeného textu vyplývá, že nelze jednoznačně stanovit, co je všeobecně v souladu s dobrými mravy a morálkou, nelze uzavřít, jakým

¹⁴ Emeh v Kensington & Chelsea and Westminster Area Health Authority (1985) QB 1012

¹⁵ McFarlane and Another v Tayside Health Board (2000) 3 AC 59

¹⁶ Thake v Maurice (1984) 2 All ER 514

způsobem by měly soudy rozhodovat. Do jednotlivých soudních rozhodnutí se u žalob wrongful life a birth totiž více než u jiných soudem přezkoumávaných věcí promítají mravní zásady a vnitřní pojetí dobrých mravů jednotlivých soudců.

Literature:

- Doležal, T. Náhrada škody za nechtěné dítě?. Právní rozhledy. 2006, č. 21, str. 785
- Šustek, P. Ochrana osobnosti v oblasti péče o zdraví. Disertační práce. Karlova univerzita. Vedoucí práce Jiří Švestka.
- Visinger, R. Teoretické otázky žalob wrongful life a pohled recentní zahraniční judikatury. Právník, 2006, č. 10, s. 1128.
- Cowdrey, M. L., Drew, M.: Basic law for the allied health professions, Second edition, Jones and Barlett Publishers, London, 1995, str. 77, ISBN 978-443-500

Contact – email

jana.kotulkova@seznam.cz

DOBŘÉ MRAVY - JEJICH ÚLOHA V DNEŠNÍM SVĚTĚ

JIŘÍ ZEMAN

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Príspevok sa zabýva smyslem aplikace institutu dobrých mravů v judikatuře českých soudů. Na konkrétních příkladech této aplikace se pokouší porozumět jak jednotlivci (zejména lidé bez právnického vzdělání) vnímají právo, spravedlnost, justici a svoji roli v těchto entitách každodenní všednosti.

Key words in original language

Dobré mravy; dnešní svět; právo; spravedlnost; justice

Abstract

The paper deals with the meaning of the application of the institute of the good manners in the practice of the Czech courts. It tries to understand how people (especially people without legal education) perceive the law, righteousness, justice and their role in these entities of the everydayness, based on the specific examples of the practice of the Czech courts.

Key words

Good manners; today's world; law; righteousness; justice

1. ÚVOD

V české literatuře¹ lze nalézt poměrně rozsáhlé stati, které se snaží více či méně úspěšně dobré mravy jednak definovat a jednak přispět k objasnění limitů jejich aplikace v praxi. K oběmu přitom začasťe používají zvláště závěry judikatury zejména Nejvyššího a Ústavního soudu. Tento pohled na dobré mravy je sice užitečný, ovšem ve spleti kazuistických příkladů, kdy a jak institut dobrých mravů použít, se poněkud ztrácí jiná, dle mého názoru ale základní otázka: proč musely dobré mravy jako „pozitivistická“²

¹ Za všechny jmenujme například Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a se zákonným zákazem. Právní rozhledy. 2000, č. 6, s. 250 – 252, ISSN 1210-6410; Pauldura, L. Aplikace dobrých mravů a zásad poctivého obchodního styku. Právní fórum. 2010, č. 4, s. 166 – 171, ISSN 1214-7966; Bubelová, K. Dobré mravy v judikatuře Ústavního soudu ČR. Právní fórum. 2010, č. 1, s. 1 – 7, ISSN 1214-7966 mnohé další.

² Označit dobré mravy za „pozitivistickou“ kategorii v právním slova smyslu je podle mého názoru, jak se o tom zmíním ve svém příspěvku, poněkud značně zjednodušující, nicméně na tomto místě jsem chtěl vyzdvihnout skutečnost, že zákonodárce považoval za nutné učinit dobré mravy výslovně součástí konkrétních právních předpisů. To totiž i přes jejich značnou historickou tradici není samozřejmostí. Například ABGB (JGS Nr. 946/1918) ve svém původním znění {které je dostupné například v elektronické databázi ALEX (Historische Rechts -und Gesetztexte Online) provozované Rakouskou národní knihovnou

kategorie vlastně vzniknout.³ Dále je třeba se ptát, jaká je vlastně jejich povaha, resp. o jakých právně-filozofických charakteristikách společnosti institut tohoto typu vypovídá. Tyto a jim podobné otázky svým způsobem, dle mého názoru, totiž přesahují hranice daného právního odvětví (například občanského práva)⁴, jak bude ukázáno níže, vypovídají mnohé o povaze – v našem případě – české státnosti a hodnotách, na nichž je založena. Připomenutí si těchto souvislostí je přitom evidentně velmi naléhavé, neboť události poslední doby⁵ ukazují na poměrně hlubokou společenskou proměnu, která se, zdá se, velmi nekompromisně distancuje od zmíněných hodnot platících donedávna za nepřekročitelné. Jsem si samozřejmě vědom toho, že problematika dané společenské proměny přesahuje jeden vědní obor - zde právo - a rovněž toho, že hodnotit společnost a její vývoj je

– ALEX [databáze online]. Vídeň (Rakousko) : Österreichische Nationalbibliothek, 2003 – 2011 [citováno 25. 4. 2011]. Dostupné z URL < <http://alex.onb.ac.at/>> } dobré mravy zmiňoval toliko v § 26, a to v tom smyslu, že nedovolenými společnostmi jsou mimo jiné ty, jež se přiči dobrým mravům.

³ Toliko pro úplnost dodávám, že zakotvení podobných kategorií je v právních řádech poměrně obvyklé, byť možnosti jejich aplikace a teoretická východiska, z níž vychází, se přece jen nikoliv nevýznamně liší. Lze se přitom setkat například institutem s dobré víry a poctivého jednání (good faith and fair dealing) s dobrou vírou jako objektivní kategorií (Treu und Glaube), s dobrou vírou jako kategorií subjektivní (Gute Glaube), s přiměřeností (Reasonableness) atd. V podrobnostech srov. například Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu : obsahové meze platnosti právních úkonů (smluv) z hlediska rozporu se zákonem, dobrými mravy a veřejným pořádkem. 2. vyd. Praha : C.H. Beck, 2004, 301 s. (zvláště pak část druhá této knihy), ISBN 978-80-7201-814-7.

⁴ V této souvislosti je třeba upozornit, že institut dobrých mravů není zdaleka v současném právním řádu České republiky zakotven toliko v § 3 zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“ nebo „OZ“). Naopak pracují s nimi mnohé předpisy soukromoprávní (například zákon o rodině), ale také předpisy veřejného práva - dobré mravy zmiňuje například ustanovení § 36 odst. 2 zákona č. 284/2001 Sb., o vodovodech a kanalizaci, ve znění pozdějších předpisů; ustanovení § 12 odst. 1 písm. c) zákona č. 435/2004 Sb. o zaměstnanosti atp. Srov. k tomu Bubelová, K. Dobré mravy v judikatuře Ústavního soudu ČR. Právní fórum. 2010, č. 1, s. 1 – 7, ISSN 1214-7966.

⁵ Budiž zde vzpomenut, na první pohled možná trochu nelogicky nález Ústavního soudu ze dne 18. 1. 2011, sp.zn. Pl. ÚS 57/10, kde Ústavní soud dospěl k závěru – na rozdíl od Krajského soudu v Ústí nad Labem – že uplácet voliče při volbách do obecních zastupitelstev je nepřipustné; jmenovaný krajský soud naopak uzavřel, že uplácení voličů lze sice považovat za nečestné a nepoctivé vedení volební kampaně, nicméně zákon o volbách do zastupitelstev obcí takové jednání - na rozdíl od zákona o volbách do Parlamentu České republiky - nezakazuje. Média – srov. například komentář Petra Nováčka vložený v audio souboru ve zprávě Bartůňkové, T. a kol. Ústavní soud otevřel cestu k novým volbám v Krupce. [citováno 25. 4. 2011]. Dostupné z URL <http://www.rozhlas.cz/zpravy/regiony/_zprava/841906> – pak rozhodnutí Ústavního soudu, jež krajský soud za jeho výklad volebního zákona kritizoval, takřka adorovala. Zamyslíme-li se ovšem dle mého soudu nad tímto případem, příliš mnoho důvodů k radosti nemáme. Společenské klima je dnes takové, že volič bez mrknutí oka prodá jedno ze svých základních (ne-li nejzákladnější) práv a my se posléze z úst krajského soudu (sic!) dozvíme, že kupování hlasů voličů není v případě obecních voleb výslovně zakázáno, pročez je tedy patrně (?) povoleno.

značně obtížné a svým způsobem nespravedlivé. Ostatně snad proto si Max Weber přál, aby sociologie byla vědou, která zkoumá, ale nehodnotí.⁶ Na druhou stranu není možné před touto proměnou zavírat oči, a to zvláště za situace, kdy se elity - lhostejno, zda národní či mezinárodní - k hodnotám konvenujícím dobrým mravům či podobnému institutu stále hlásí.

2. O DOBRU A SPRAVEDLNOSTI⁷

Jak jsem naznačil výše v úvodu, domnívám se, že skutečnost, že český právní řád využívá institut dobrých mravů, a to dokonce nejen v rámci soukromoprávního kodexu, kde jsou dobré mravy dokonce jakousi zastřešující klauzulí,⁸ ale také v rámci veřejnoprávních odvětví (srov. výše), má dalekosáhlé důsledky. Svědčí totiž podle mého o tom, že právní řád České republiky uznává přirozenoprávní pojetí práva – to znamená, že život společnosti kromě pravidel zakotvených v právních předpisech ovlivňují též pravidla, jež stojí poněkud mimo člověkem výslovně stanovený systém.⁹

2.1 DOBRO A SPRAVEDLNOST - KOREKTIV VLASTNÍ NEDOKONALOSTI?

Jsou-li tedy dobré mravy projevem přirozeného práva nezbyváá tedy, než naši pozornost zaměřit právě na něj. Podle mého přitom lze na přirozené právo (resp. jeho projevy) nahlížet ve třech rovinách:

1) Přirozené právo jako korektiv pozitivního práva, jehož má být v konkrétním případě, při úpravě konkrétní životní situace použito – nabízí-li tedy pozitivní právo dvě interpretační alternativy, musí ten, kdo pozitivněprávní pravidlo aplikuje zvolit tu variantu, která odpovídá co možná nejspravedlivějšímu uspořádání společnosti. Není tedy vlastně důležité, zda pozitivní právo obsahuje nějakou zmínku či odkaz nebo uznání na „nadpozitivních hodnot“ (tedy i dobrých mravů). Důležitý je zde

⁶ Srov. k tomu Weber, M. Objektivita sociálněvědního a sociálněpolitického poznání. In Metodologie, sociologie a politika; vybral a uspořádal Miloš Havelka. 1. vyd. Praha : OIKOYMENH, 2009, s. 7 – 63, ISBN 978-80-7298-389-6

⁷ Stejnomenou stať publikoval v Lidových novin profesor Jiří Přibáň – srov. Přibáň, J. O dobru a spravedlnosti. [citováno 25. 4. 2011]. Dostupné z URL <<http://epaper.lidovky.cz>>. Jedná se o jeden z textů polemiky mezi procesorem Pavlem Holländerem a Jiřím Přibánem, která proběhla v rámci Lidových novin na podzim roku 2010. Oba filozofové se snažili předestřít svoje argumenty pro tvrzení, že demokratický právní stát dnešního evropského typu stojí (resp. nestojí) na přirozenoprávních základech.

⁸ Byť jejich užití je omezeno samotnou hypotézou ustanovení § 3 občanského zákoníku.

⁹ Německý Základní zákon v této souvislosti ve svém článku 20 deklaruje, že moc výkonná a soudnictví je vázána zákonem a právem.

interpret, který například v osobě soudce právo vykládá a tím jej vlastně dotváří.¹⁰

2) Normu vytváří člověk, který si s sebou přináší určité vzorce, resp. preferenci hodnot; vytváří-li následně tento jedinec pozitivní pravidlo chování, vnáší do něj svoje spravedlnostní představy.¹¹

3) „Nejtvrdším“ projevem přirozeného práva (vůči právu pozitivnímu) je pak situace, kdy pozitivní právo je až v nesnesitelném rozporu se spravedlností, a proto je buď zrušeno a nahrazeno novou právní úpravou nebo sice zrušeno není, ale pro svůj rozpor s hodnotami spravedlnosti se prostě nepoužije.¹²

2.2 DOBRO A SPRAVEDLNOST - „POZITIVOVANÉ“ PRÁVO?

Lze se setkat s názorem,¹³ že argumentovat v pozitivním právu hodnotami přirozenoprávními¹⁴ není možné, neboť se jedná o různé normativní systémy, kdy není ani možné argumentaci ryze pozitivistickou podpořit hledisky přirozenoprávními, natož je pak dokonce činit její součástí. Jiná situace ovšem, v souladu s tímto názorem, údajně nastává například tehdy, je-li sama přirozenoprávní hodnota součástí pozitivního práva nebo na tuto hodnotu pozitivněprávní norma alespoň odkazuje. S tímto názorem ovšem nemohu souhlasit. Naopak se domnívám, že odkazuje-li právní norma na nějakou přirozenoprávní kategorii, zvláště bez toho, aniž by jí rozvíjela (což je podle mého názoru příklad právě § 3 občanského zákoníku), pak nelze tvrdit, že tato kategorie (v našem případě dobré mravy) již není přirozenoprávní povahy. Jednak je podle mého správné připomenout výše

¹⁰ Srov. k tomu Raz, J., On the Nature of Law. Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 82 (1996), s. 23. – parafrázováno a citováno podle Holländer, P., Filosofie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 26, ISBN 80-86898-96-2.

¹¹ Srov. k tomu Weinberger, O. Přirozené právo a právní argumentace. Právník. 1993, č. 3, s. 193 – 202, ISSN 0231-6625.

¹² Parafrázováno podle Holländer, P., Filosofie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 25, ISBN 80-86898-96-2. Profesor Holländer v této souvislosti poznamenává, že poválečné období se soustředilo na hledání „morálního minima“, kterým by mělo být zasahováno do pozitivního práva, a to i za cenu porušení některých základních principů, na nichž je právo budováno (například princip právní jistoty a zákaz retroaktivity). Podle Holländera se můžeme vydat buď „Radbruchovou cestou“ spočívající v deklarování pozitivního práva za neplatné s účinky ex tunc anebo „cestou Hartovou“, která spočívá v již zmíněném zrušení pozitivního práva a jeho nahrazením právem novým, s retroaktivními účinky.

¹³ Jeho podrobné a částečně i kritické analýze se věnuje například Hanuš, L. Svévole a morální argumentace v právu. In Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2009, s. 700 – 715, ISBN 978-80-210-4990-1.

¹⁴ Doktor Hanuš hovoří o tzv. morální argumentaci – Hanuš, L. Svévole a morální argumentace v právu In Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2009, s. 702, ISBN 978-80-210-4990-1.

zmíněný názor O, Weinbergera v tom smyslu, že pozitivním právem se přirozené právo prolíná, neboť normotvůrce sám je hodnotově ovlivněn. Jsou-li Weinbergerovy předpoklady o vtisknutí určité hodnoty pozitivnímu právu správné, a zároveň – při určitém zobecnění – platí, že byla-li by taková norma, vytvořená lidskou bytostí, aplikována zjevně nespravedlivým způsobem, pak – ač stále formálně zůstáváme v rovině pozitivního práva – takovouto aplikaci nelze ani z hlediska právního pozitivismu považovat za správnou. Nadto právě příklad ustanovení § 3 občanského zákoníku ukazuje, že normotvůrce se na přirozené právo toliko odkazuje, resp. částečně u tohoto konkrétního ustanovení omezuje možnost jeho aplikace na výkon práv a povinností, ovšem jeho obsah ponechává – což je záhodno – zcela mimo svoji snahu o bližší vymezení. Dobré mravy tedy stále zůstávají v říši „Platonových idejí“ a to, že na ně výslovně odkazuje například občanský zákoník, je vlastně jen stínem na stěně jeskyně.¹⁵ Tomuto výkladu podle mě ostatně odpovídají některé judikatorní závěry, ať už Nejvyššího nebo Ústavního soudu, které se pokoušely dobré mravy alespoň rámcově definovat¹⁶ a které vycházejí z toho, že dobré mravy jsou souhrnem všeobecně uznávaných mravních (etických) a kulturních zásad.

Na základě výše uvedeného mám za to, že ono dělení na právo pozitivní a právo přirozené se poněkud přežilo. Ostatně v dnešní době, kdy stát zajišťuje (resp. se snaží zajišťovat) například právo na spravedlivý proces v co možná nejširší míře,¹⁷ by striktní oddělování přirozeného a pozitivního práva působilo poněkud schizofrenně. Není rovněž pravda, že by například soud zohledňující při svém rozhodování přirozenoprávní hodnoty vybočil ze svého ústavou zakotveného postavení a stal by se nikoliv „soudem práva“, ale „soudem morálky“. Opět totiž v souladu s výše uvedeným názorem profesora Weinbergera, podle mého platí, že je-li v každé člověkem vytvořené normě přítomno určité množství morálky, pak měla-li by tato norma způsobit při svém působení nespravedlnost, dochází tak ke stavu, kdy je porušena sama tato norma, byť se to tak, nazíráno hledisky formálními, nemusí na první pohled jevit.¹⁸

¹⁵ Platon, *Der Staat : Politeia*. Übersetzt Karl Vretska. 1. Aufl. Stuttgart : Philipp Reclam, 1982. Buch VII, Teil 517b, ISBN-10: 3150082056.

¹⁶ O náznak stanoviska judikatury se v tomto směru pokouší například Králík, M. Rozsah použitelnosti institutu dobrých mravů v judikatuře Nejvyššího soudu České republiky. *Soudní rozhledy*. 2010, č. 2, s. 41 – 46 (zejména strana 41, kapitola II. Pojmová stránka problému a poznámka pod čarou č. 1 a 2 zde zakotvená), ISSN 1211-4405.

¹⁷ Dovolím si v této souvislosti podotknout, že mnohdy ona snaha státu poskytnout jedinci co možná nejširší ochranu, přerůstá spíše v jakousi „hypertrofovanou“ spravedlnost, která ve svém důsledku přinese méně užitečného, než kdyby byl například přístup k některým opravným prostředkům v rámci soudní soustavy přísněji vymezen.

¹⁸ K obdobnému závěru dochází i profesor Holländer, byť k tomu využívá východiska nikoliv Weinbergerova, ale Alexyho – srov. k tomu Holländer, P., *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 27, ISBN 80-86898-96-2.

Tato právě naznačená konstrukce má - nahlíženo objektivně - skutečně přece jen jednu vadu na kráse - tedy alespoň na první pohled. Aplikuje-li soud pozitivní právo v souladu s přirozenoprávní hodnotami, často tak, jak už bylo řečeno, vlastně dotváří právo, resp. mnohdy akcentuje právě onu „mravní“ složku právní normy, která je v ní skryta, či přesněji podle jeho názoru je v ní skryta. V souladu s dělbou moci by ovšem neměl být vázán zákonem – srov. k tomu například článek 95 odst. 1 Ústavy, který mimo jiné říká, že soud je při svém rozhodování vázán zákonem a mezinárodní smlouvou, která je součástí právního řádu. Doktrína si je tohoto problému dlouhodobě vědoma a většinou tuto otázku řeší tak, že vázanost soudu zákonem vykládá jako vázanost soudu právem¹⁹ – je to v podstatě stejná koncepce, jaká je použita v námi shora citovaném článku 20 odst. 3 Základního zákona. Dodejme, že tento výklad lze považovat za správný a rozhodně tímto způsobem, jak bude ukázáno vzápětí, nedochází k porušení koncepce dělby moci. Je-li totiž soud vázán zákonem, je vázán mimo jiné i ústavním zákonem, tedy Ústavou. Její přirozenoprávní zaměření přitom podle mého netřeba jakkoliv obhajovat. Je to však rovněž sama Ústava, která při zakotvení kompetencí jednotlivým orgánům veřejné moci – tedy i soudům – staví mantinely a omezení. V námi projednávané dílčí problematice je pak významný článek 95 odst. 2 Ústavy, který praví, že má-li soud při své rozhodovací praxi použít zákon, který je v rozporu s ústavním pořádkem, to znamená i Ústavou samotnou, předloží věc Ústavnímu soudu. Z toho dovozují, že Ústava počítá se dvěma alternativami (podporována dalšími ústavními a podústavními předpisy):

1) Je-li to možné, nechť soud pozitivní právo aplikuje v souladu s hodnotami přirozeného práva. Zde samozřejmě nastává onen výše uvedený problém, neboť soud výkladem a aplikací pozitivněprávní normy ovlivňuje důsledky, které tato norma v reálném světě má. Na druhou stranu snad ani nejzarytější zastánci právního pozitivismu se nemohou domnívat, že by aplikující orgán (tedy i soud) mohl přistupovat k normě jako k něčemu sterilnímu. Podle mého je totiž prakticky nereálné, aby při aplikaci práva nedocházelo k jeho dotváření. Na druhou stranu proces dotváření a aplikace práva má své limity. Limitem právě tohoto procesu je onen článek 95 odst. 2 Ústavy. To tedy v případě České republiky. Měl-li by soud aplikovat zákon, který je podle něj v takovém rozporu s přirozenoprávními hodnotami, že jeho výklad v souladu s nimi není možný, pak nastane situace

2) kdy soud předloží věc Ústavnímu soudu. Shledá-li Ústavní soud za této situace, že výklad toho kterého konkrétního právního předpisu v souladu s přirozeným právem není možný, předpis zruší.

¹⁹ Srov. k tomu přiměřeně nejnověji Šimíček, V. In Bahýřová, L. a kol. Ústava České republiky : komentář. Praha: Linde, 2010, s. 1284 a násl., ISBN 978-80-7201-814-7.

Domnívám se zkrátka, že ono vykročení moci soudní ze zažité koncepce dělby moci ve skutečnosti odehrává toliko uvnitř té které normy, kdy jde o věc zcela přirozenou a bez ní v podstatě není aplikace práva možná. Pokud onen prostor „uvnitř“ normy je příliš malý na to, aby tato norma (toto pravidlo chování) mohlo být aplikováno v souladu s hodnotami přirozenoprávními, pak je Ústavním soudem zrušena a je to opět normotvůrce, kdo jí nahradí právem novým.

3. ZÁVĚRY

Na základě výše uvedeného výkladu – jenž nesměřoval k dobrým mravům přímo, o to více se však snažil porozumět jejich podstatě a jejich zařazení v pozitivním právu, lze učinit zejména následující závěry: dobré mravy jsou projevem uvědomění si člověka, že není sto za pomoci pozitivního práva upravit společenské vztahy tak, aby byly prosty jakékoliv dysfunkce. Z předchozího plyne, že dobré mravy – stejně jako přirozené právo samo – mají tyto základní funkce: normativní, korektivní a interpretační.²⁰ Normativní funkce dobrých mravů se projevuje nejen při zaplňování mezer v existujícím pozitivním právu, ale také jako normotvůrčova představa o spravedlnosti při vytváření pozitivního práva. Korektivní funkce dobrých mravů se projevuje jako mez, jež nedovoluje existující pozitivní právo použít pro jeho rozpor s přirozenoprávními hodnotami.²¹ Konečně interpretační funkce dobrých mravů stanoví povinnost aplikovat existující pozitivní právo v souladu s těmito hodnotami. Přitom je třeba si uvědomit, že použití dobrých mravů by se mělo dít uvážlivě. Zjednodušeně řečeno, umění právnické (to je umění porozumět spravedlnosti) není dosaženo tehdy, řekneme-li bez rozmyslu, že je něco nespravedlivé, ale pokusíme-li se to, co se jeví být nespravedlivé, uchopit tak, aby spravedlnosti bylo dosaženo. Jednotlivé funkce dobrých mravů tedy mají svoji hierarchii, kdy nejšetrnější k pozitivnímu právu je funkce normativní v té její rovině, kdy přirozenoprávní hodnoty se promítají do samotné nově vznikající právní normy; dále funkce interpretační, kdy existující pozitivní normu vyložíme odpovídajícím způsobem. Na onu „stupnici šetrnosti“ k pozitivnímu právu můžeme podle mého názoru dále zařadit funkci normativní, kdy je existující oblast pozitivního práva „doplněna“ v souladu s přirozenoprávními hodnotami. Poslední na dané stupnici je konečně funkce korektivní.²² Tyto funkce dobrých mravů, ač jejich vymezení může být diskusní, ve svém

²⁰ Tato „názvoslovná kategorizace“ plyne podle mého např. z Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu : obsahové meze platnosti právních úkonů (smluv) z hlediska rozporu se zákonem, dobrými mravy a veřejným pořádkem. 2. vyd. Praha : C.H. Beck, 2004, s. 17 - 21, ISBN 978-80-7201-814-7.

²¹ Ona „nepoužitelnost“ se ale přirozeně nemusí projevovat nepřetržitě. I pravidlo chování, které obvykle není hodnotově rozporné, může za konkrétních okolností způsobit nespravedlnost.

²² Při vymezení, resp. oddělení jednotlivých funkcí jde samozřejmě o kategorizaci nanejvýš schématickou, neboť interpretace zároveň také normotvorným úsilím atd.

souhrnu (ve své vhodné kombinaci) a při snaze o jejich aplikaci v každodenním životě, pak mohou pomoci k tomu, že se náš svět stane spravedlivější, že se vydáme - řečeno slovy Ústavního soudu - cestou nalézání práva.²³ Tato závěrečná myšlenka přitom ode mě není bohapustým nafoukaným memorováním. Naopak. Je to poznání z praxe. Za těch několik málo let svého aktivního praktického života jsem dospěl k poměrně triviálnímu poznání, jež se mi ale neustále potvrzuje. Čím méně se snažíme nalézat přirozené právo v našem každodenním životě, tím více onoho přirozeného práva – oněch dobrých mravů – musíme nalézat v právu pozitivním. A to je škoda. Neboť je to často způsob poměrně neefektivní a komplikovaný.

Literature:

- ALEX [databáze online]. Vídeň (Rakousko) : Österreichische Nationalbibliothek, 2003 – 2011 [citováno 25. 4. 2011]. Dostupné z URL <<http://alex.onb.ac.at/>>
- Bahýľová, L. a kol. Ústava České republiky : komentář. Praha: Linde, 2010, 1533, ISBN 978-80-7201-814-7
- Bartůňková, T. a kol. Ústavní soud otevřel cestu k novým volbám v Krupce. [citováno 25. 4. 2011]. Dostupné z URL http://www.rozhlas.cz/zpravy/regiony/_zprava/841906
- Bubelová, K. Dobré mravy v judikatuře Ústavního soudu ČR. Právní fórum. 2010, č. 1, s. 1 – 7, ISSN 1214-7966
- Hanuš, L. Svévole a morální argumentace v právu. In Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2009, s. 700 – 715, ISBN 978-80-210-4990-1.
- Holländer, P., Filosofie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 s., ISBN 80-86898-96-2
- Králík, M. Rozsah použitelnosti institutu dobrých mravů v judikatuře Nejvyššího soudu České republiky. Soudní rozhledy. 2010, č. 2, s. 41 – 46

²³ Srov. k tomu nálezy Ústavního soudu ze dne 6. 9. 2005, sp. zn. I ÚS 643/04, Ústavní soud České republiky, Sbírka nálezů a usnesení, svazek 38, str. 367.

- Pauldura, L. Aplikace dobrých mravů a zásad poctivého obchodního styku. Právní fórum. 2010, č. 4, s. 166 – 171, ISSN 1214-7966
- Platon, Der Staat : Politeia. Übersetzt Karl Vretska. 1. Aufl. Stuttgart : Philipp Reclam, 1982. Buch VII, 655 s., ISBN-10: 3150082056
- Přibáň, J. O dobru a spravedlnosti. [citováno 25. 4. 2011]. Dostupné z URL <http://epaper.lidovky.cz>
- Raz, J., On the Nature of Law. Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 82 (1996), s. 23. – citováno podle Holländer, P., Filosofie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 26, ISBN 80-86898-96-2
- Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu : obsahové meze platnosti právních úkonů (smluv) z hlediska rozporu se zákonem, dobrými mravy a veřejným pořádkem. 2. vyd. Praha : C.H. Beck, 2004, 301 s., ISBN 978-80-7201-814-7.
- Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a se zákonným zákazem. Právní rozhledy. 2000, č. 6, s. 250 – 252, ISSN 1210-6410.
- Weber, M. Objektivita sociálněvědního a sociálněpolitického poznání. In Metodologie, sociologie a politika; vybral a uspořádal Miloš Havelka. 1. vyd. Praha : OIKOYMENH, 2009, 351 s., ISBN 978-80-7298-389-6.
- Weinberger, O. Přirozené právo a právnická argumentace. Právník. 1993, č. 3, s. 193 – 202, ISSN 0231-6625.

Contact – email

110303@mail.muni.cz

GOOD MANNERS IN LABOUR LAW IN A CONTEXT OF ARBITRATION

DOMINIK ŽENATÝ

Faculty of Law, MU Brno, Czech Republic

Abstract in original language

Rozhodčí řízení v pracovním právu je široce diskutovaná a velmi aktuální otázka. Nepřímo se však dotýká samotné podstaty vztahu mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem a to i v rovině dobrých mravů. Využití institutu dobrých mravů ve smluvních vztazích pracovního práva se tak právě v rovině použití rozhodčích doložek stává vhodným bodem pro posuzování nejen individuálních případů, ale i problematiky jako takové.

Key words in original language

dobré mravy, pracovní právo, arbitráž

Abstract

Arbitration in labour law is a widely discussed and actual topic which indirectly affect the bases of employee-employer relationship also in the area of good manners. This could be used not only as a starting point for solution of individual cases, however also as a base for objective view to the whole arbitration in labour law issue.

Key words

good manners, labour law, arbitration

Úvod

Vztahy mezi zaměstnanci a zaměstnavateli jsou dynamickou oblastí, která prodělává neustálé změny. Legislativní úprava v této oblasti je tradičně o něco opožděna za faktickým vývojem. Zcela logicky tak často otevírá prostor vyšší míře liberalizace, jako snahu o vyrovnání se s těmito rozdíly. Vyšší míra liberalizace pak vyvolává větší příklon k přirozenoprávnímu chování a tím přináší i instituty jako právní zásady (mezi nimi i dobré mravy) a případně zcela obecné pojmy jako morálka a spravedlnost.

Aktuální právní úprava

Soustředíme-li se na téma rozhodčího řízení v pracovním právu, či přesněji formulované jako rozhodčí doložky v pracovních smlouvách, tak se dostáváme do dvou skupin otázek, které je nutno vyřešit. První z nich je čistě právní a to arbitrabilita pracovněprávních sporů. Druhou otázkou je

soulad používání rozhodčích doložek se zásadami pracovního práva (zejména pak s dobrými mravy) a také s morálkou.

Arbitrabilita¹

Zákon č. 65/1965 Sb., (starý) zákoník práce, jasně stanovoval, že spory mezi zaměstnanci a zaměstnavateli mohou rozhodovat i projednávat pouze soudy. Nový zákoník práce (262/2006 Sb.) již toto ustanovení neobsahuje. Navíc je vystavěn na zásadě, že „co není zakázáno, je dovoleno“, z čehož lze dovodit, že je přípustné rozhodovat a projednávat spory z pracovněprávních vztahů před rozhodčími soudy.

Nesmíme však opomenout omezení arbitrability z pohledu zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů. Tento zákon v §1 jasně stanovuje omezení arbitrability pouze na majetkové spory (s tím, že §2 stanovuje možnost stran v těchto případech si dohodnout přenesení sporu k rozhodci či rozhodčímu soudu, za vyslovení podmínky §2 odst. 2, a to že je nutno, aby o předmětu sporu mohl být uzavřen smír). A právě vymezení, zda spory pracovněprávní jsou a nebo nejsou majetkové povahy, dělí právní teoretiky i praktiky na několik táborů.

Zjednodušeně řečeno je možno konstatovat argument, že podle §2 odst. 4 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, je jedním ze znaků závislé práce její úplatnost. Tím pádem i všechny spory z pracovněprávních vztahů jsou majetkové povahy.

Druhým zjednodušeným argumentem je konstatování, že majetkové spory jsou pouze spory o majetek, tedy je možno do nich zařadit pouze pracovněprávní spory týkající se např. ušlé mzdy či náhrady škody.

Morální rovina problematiky rozhodčích doložek v pracovních smlouvách

Ponechme stranou problematiku, zda je či není se možné vzdát práva na spravedlivý proces ve prospěch rozhodčího řízení. Touto otázkou se již dosti důkladně a podle mého názoru i dostatečně věnoval ESLP v případech Axelsson proti Švédsku a nebo Suovaniemi a ostatní proti Finsku.

Zajímavější je náhled na otázku morálky skrze základní východisko pracovního práva, kterým je faktická nerovnost subjektů. Tento postulát je aplikován na všechny oblasti pracovního práva a jeho faktickou platností či neplatností se soudobá teorie nijak výrazněji nevěnuje. Pro účely tohoto

¹ ROZEHNALOVÁ, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním styku. 2. vyd., 2008. Str. 116 a násl.

příspěvku tedy budeme považovat vztah mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem za nevyrovnaný a zaměstnance považujeme za stranu slabší.

Vycházíme-li tedy z konstatování nerovnosti stran, musíme následně dovodit i faktickou nutnost akceptování předkládaných návrhů zaměstnavatele zaměstnancem. Použije-li tedy zaměstnavatelem v pracovní smlouvě rozhodčí doložku je okolnostmi zaměstnanec nucen ji přijmout. Samozřejmě se nejedná o legální nebo fyzické donucení, ale donucení plynoucí právě z nerovnosti subjektů. Uvažujeme-li převis poptávky po práci nad nabídkou zaměstnání, tak je s jejím nárůstem logický i nárůst vůle akceptovat „jakoukoliv“ pracovní smlouvu zaměstnancem.

Výjimku, která mění postavení stran, je zaměstnávání vysoce specializovaných zaměstnanců, kde je převis nabídky zaměstnání nad poptávkou. V tomto případě se do horšího postavení dostává zaměstnavatel, který je ochoten akceptovat podmínky kladené zaměstnancem.

Dostáváme se tak do velmi složité otázky závislosti vyjednávací pozice na poměru poptávky a nabídky práce v individuálním případě, která ovšem není předmětem tohoto článku.

Dobré mravy

Položme si tedy základní otázku, a to zda je či není použití rozhodčích doložek v pracovním právu proti dobrým mravům?

Čistě právně vzato je rozhodčí řízení legálním způsobem řešení sporů. Historicky vzato byl tento institut vytvořen pro rychlé a spravedlivé řešení obchodních sporů, který vyvolala nutnost nahradit, či doplnit, zdlouhavé řešení sporů před obecnými soudy flexibilnějším nástrojem. Historicky se však jednalo o řešení sporů mezi subjekty ve stejném postavení.

V případě pracovního práva však subjekty nejsou v rovném postavení, a proto je na místě otázka souladu rozhodčích doložek s dobrými mravy. Odhlédneme-li od čistě právních argumentů typu „neznalost zákona neomlouvá“ apod., tak můžeme spatřovat nerovnost subjektů i v jejich reálných možnostech dovolání se práva – v krajním případě tak máme zaměstnavatele s jeho advokátem a straně druhé zaměstnance, který si právní pomoc advokáta dovolit nemůže.

Není tedy v tomto případě více v souladu s dobrými mravy vyloučení možnosti rozhodčího řízení v pracovně právních sporech a ponechání jejich rozhodování pouze na obecných soudech? Takový zásah by však byl zcela proti liberalizačním tendencím, které jsou nejen v rámci České republiky tím, co utváří současnou podobu právní řádu na poli pracovního práva.

Závěr

Luděk Lisse v roce 2008 konstatoval, že: "arbitrabilita pracovněprávních sporů je otázkou nedořešenou, na kterou dá s největší pravděpodobností autoritativní odpověď až soudní judikatura, a to k žalobě některého z účastníků sporu před rozhodcem, který považoval pracovněprávní spor např. o (ne)platnost výpověď za arbitrabilní."²

V současné době není stále ustálená judikatura, která by poskytovala odpovědi na otázky arbitrability pracovněprávních vztahů. Praxe však rozhodí doložky používá v hojné míře a je proto více než jasné, že směrodatná judikatura v brzké době jistě vznikne.

Literature:

- ROZEHNALOVÁ, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním styku. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. 388 s. ISBN 978-80-7357-324-9
- Galvas, Milan - Gregorová, Zdeňka - Hrabcová, Dana. Základy pracovního práva. 1. vyd. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2010. 303 s. Pracovní právo. ISBN 978-80-7380-243-1.
- Galvas, Milan - Gregorová, Zdeňka - Píchová, Irena - Hrabcová, Dana - Šimečková, Eva - Zachariáš, Jaroslav. Pracovní právo. 2. aktualiz. a dopl. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2004. 671 s. (Edice učebnic PrF MU v Brně ; č. 351). ISBN 80-210-3558-7.
- CRHA, M. Arbitrabilita spotřebitelských a pracovněprávních sporů. Právo pro podnikání a zaměstnání, Praha, COMENIUS Print s.r.o. 2010, no. 9
- LISSE, L., Arbitrabilita v pracovněprávních sporech, Obchodní právo, Praha, Prospektum, spol. s r.o. 2008, no. 2

Contact – email

zenaty@centrum.cz

² LISSE, L. Arbitrabilita v pracovněprávních sporech. Str. 14

LAW MAKING IN EUROPEAN LAW AND DEMOCRACY AFTER THE LISBON TREATY

DANIEL BACHO

Faculty of Law, Masaryk university, Department of International and
European Law, the Czech republic

Abstract in original language

Autor v tomto článku podrobuje pozitivní i negativní kritice změny v procesu tvorby legislativy v Evropské unii po přijetí Lisabonské smlouvy. Z nejpodstatnějších změn je v tomto článku vybráno k diskuzi téma postavení komunitárních institucí v legislativním procesu a s tím spojené posílení pravomocí Evropského parlamentu. Autor také analyzuje možný budoucí přínos institutu občanské iniciativy k posílení přímé demokracie. Všechna výše zmíněná témata jsou v tomto článku podrobena diskuzi o jejich přínosu v procesu omezování tzv. demokratického deficitu.

Key words in original language

Lisabonská smlouva, legislativa EU, instituce EU, občanská iniciativa, přímá demokracie, demokratický deficit.

Abstract

The author of this article brings both positive and negative critics of the changes in the legislative process in the European union after the Lisbon Treaty came into force. The topics chosen from the most important ones are: the balance of EU institutions in the legislative process and strengthening of the role of European parliament in this regard. Author also analyses possible benefits brought by the citizens' initiative for the direct democracy. All above-mentioned issues are hereby discussed in the connection with the process of embedding the so-called democratic deficit.

Key words

The Lisbon Treaty, EU legislation, EU institutions, citizens' initiative, direct democracy, democratic deficit.

1. ÚVOD

Normotvorba v evropském právu má svá specifika, jedním z nich je tzv. demokratický deficit, který je charakterizován nedostatkem demokratických vazeb mezi institucemi zapojenými do rozhodovacího procesu a samotnými občany, od kterých pochází legitimita těchto institucí. Demokratický deficit se v rámci legislativy evropského práva projevuje ve více oblastech a jedním z proklamovaných přínosů Lisabonské smlouvy bylo právě

odstranění či přinejmenším zmírnění tohoto nedostatku demokraci v Evropské unii.

Tento článek obsahuje shrnutí nejpodstatnějších projevů demokratického deficitu Evropského práva ve vztahu k tvorbě právních předpisů na nadnárodní úrovni, neboli na úrovni Evropských institucí. Tyto nedostatky jsou autorem tohoto článku konfrontovány se změnami provedenými Lisabonskou smlouvou¹ v tomto ohledu a případným vlivem těchto změn na normotvornou praxi komunitárních institucí.

Mezi témata, která jsou předmětem tohoto článku, patří posílení postavení Evropského parlamentu v soustavě právotvorných institucí Evropské unie, které si klade za cíl zvýšit legitimitu této instituce a přiblížit jí tak samotným občanům členských států. Další diskutovanou změnou je zavedení institutu občanské iniciativy, jejímž cílem je zahrnutí občanů Evropské unie přímo do legislativního procesu.

Autor zde analyzuje tyto změny a zabývá se, jak jejich zdůvodněním, tak také jejich uplatnění v oblasti normotvorby práva Evropské Unie a jejich roli v boji za odstranění demokratického deficitu. Pojetí demokracie v mezinárodní organizaci je velice odlišné od státního pojetí a autor v tomto článku zohledňuje specifika Evropské unie jako mezinárodní organizace a zároveň se snaží přinést konstruktivní kritiku jejich nedostatků a možných opatření k jejich odstranění.

Nicméně je třeba mít na paměti, že Lisabonská smlouva je zde pouze velice krátce, a proto je třeba části tohoto příspěvku zabývající se možnými budoucími dopady změn primárního práva brát spíše jako analýzu možných situací spíše než predikci faktických změn ve společnosti, na kterou je 18 měsíců po vstupu novelizace v platnost ještě příliš brzy.

2. ROLE INSTITUCÍ V RÁMCI NORMOTVORBY A JEJICH VZÁJEMNÝ VZTAH

Evropská unie (dále jen „EU“) jako mezinárodní organizace *sui generis* požívá rozsáhlá privilegia související s vytváření právních norem aplikovatelných ve členských státech, ale také na půdě komunitárních institucí. Jako jedna z mála mezinárodních organizací se podílí na tvorbě právně závazných norem, které na členských státech vynucují přímo instituce EU v čele se Soudním dvorem EU (dále jen „ESD“). V mezinárodním právu unikátní vlastností je přímá účinnost a přímá vynutitelnost těchto norem, za jejímž základě jsou některé normy přímo účinné na území členských států a vynutitelné jejich soudním systémem.

¹ Celým názvem Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské Unii a Smlouvu o založení Evropské Unie.

Podstatné s hlediska normotvůrce je rozdělení práva EU na primární a sekundární. Primární právo do něhož patří zřizovací, novelizační a přístupové smlouvy je vytvářeno samotnými členskými státy, kteří jsou „pány smluv“² a jsou tak výhradními držiteli práva změny primárního komunitárního práva³. Tyto smlouvy jsou i přes nadnárodní charakter komunitárního práva mezinárodními smlouvami podléhající normám mezinárodního práva veřejného. Sekundární právo a jeho tvorba spadá do kompetencí více institucí mezi které patří Evropská komise, Evropský parlament a Rada EU. Mezi poradní orgány, které mají především konzultační pravomoci patří Výbor regionů⁴ and Ekonomický a sociální výbor⁵.

Iniciativní pravomoci jsou výhradně soustředěny do rukou Evropské komise (dále jen „Komise“), která je, pokud smlouvy nestanoví jinak, oprávněná předkládat Evropskému Parlamentu (dále jen „EP“) a Radě EU legislativní návrhy⁶. Novinkou v rámci legislativní iniciativy je zavedení institutu občanské iniciativy, která do tohoto procesu začleňuje také samotné občany členských států EU. Institutem občanské iniciativy se autor detailně zabývá ve čtvrté kapitole tohoto článku.

Rozhodujícím orgánem v rámci legislativního procesu byla vždy Rada EU, které rozhodovala v počátcích integrace především jednomyslně. S postupem integrace a s rostoucím počtem členských států vznikala tlak na modernizaci hlasovacích procedur a bylo zavedeno hlasování prostou a poté kvalifikovanou většinou. Oproti Radě EU byl Evropský parlament zpočátku spíše doplňkovým a poradním neboli konzultačním orgánem. Postupem času a prohlubováním integrace sílily tendence na větší začlenění EP do normotvorného procesu. Ústava pro Evropu měla za jeden ze svých cílů zvýšení vlivu samotných občanů EU na dění v této mezinárodní organizaci a za nejvhodnější řešení bylo zvoleno právě posílení pravomocí EP a zrovnoprávnění jeho postavení s postavením Rady EU. Lisabonská smlouva

² J. H.H Weiler, *The Constitution of Europe* (Cambridge: Cambridge University Press, (1999), p. 223

³ Lisabonská smlouva v tomto ohledu zakotvuje výjimku z tohoto pravidla obsaženou v článku upravující teoretickou změnu primárního práva mimo klasický ratifikační proces.

⁴ Členy Výboru regionů jsou hejtmani, guvernéři a další zástupci regionů z celé Evropy. Podobně jako v EHSV jsou členové jmenováni Radou ministrů na základě nominace národních vlád pro čtyřletá období.

⁵ Výbor má 317 členů, kteří zastupují různé zájmové skupiny obyvatelstva EU. Členové zastupují zaměstnavatele, zaměstnance, neziskové organizace a další oborová sdružení.

⁶ Více zde Valentin Schröder Just in Time? European Commission Legislative Initiatives and the EU Council Presidency, Paper presented at the 3rd ECPR Graduate Conference, Dublin, September 2010. Dostupný zde: <http://www.ecprnet.eu/databases/conferences/papers/528.pdf>

převzala v téměř totožném znění úpravu obsaženou v Ústavě pro Evropu⁷ a učinila tak EP spolurozhodujícím orgánem v rámci řádného legislativního procesu⁸. Specifika tohoto procesu budou vysvětleny níže v textu. Nicméně je tento krok možno považovat za odraz vývoje v EU v posledních dvou dekadách, kdy i v původně proevropských nových členských státech klesá nadšení pro stále hlubší integraci, která nemusí v ve svém důsledku znamenat demokratičtější mezinárodní seskupení států, které si nesou jak historicky, tak ústavně zakořeněné národní cítění. Velkou měrou se na pokledu popularity prohlubující se integrace podepsala i ekonomické, finanční krize a v posledních letech i měnová krize, která podkopává nejsilnější integrační myšlenku a tou je nepochybně ekonomický profit ze společného trhu a společné měny.

Mimo výše zmíněných institucí se na podobě a především jeho aplikaci podílí Soudní dvůr EU, který svou rozsáhlou judikaturou formuje komunitární právní řád. ESD se opírá o doktrínu *effet utile*. Podstatou této doktríny je kreativní judikatura ESD, která reprezentuje vůli soudního dvora vykládat komunitární akty takovým způsobem, aby byla zajištěná jejich maximální efektivita. Tato doktrína je i jedním ze základních principů aplikace komunitárních aktů soudy členských států a významnou roli představuje také v legislativní činnosti členských států, a to konkrétně při procesu implementace směrnic Společenství do vnitrostátních právních řádů⁹. Zda je tato kreativita žádoucí a prospěšná jak z hlediska efektivity samotné mezinárodní organizace¹⁰ tak z hlediska demokratického deficitu, je diskutabilní. Co je však jisté je, že ESD hraje v Evropském právním řádu významnou roli nesrovnatelnou s žádnou obdobnou soudní institucí či orgánem mezinárodní organizace.

3. POSÍLENÍ ROLE EVROPSKÉHO PARLAMENTU V PROCESU NORMOTVORBY

Od roku 1979, kdy proběhly první přímé volby do EP, uběhlo již přes 30 let a postupem času a čím dál hlubší integrací snažily se tvůrci novelizací zakládajících smluv kompenzovat tuto integraci posilováním jeho

⁷ Smlouvu o Ústavě pro Evropu pohřbilo francouzské a posléze i nizozemské "ne" v referendech konaných v roce 2005. Tento neúspěch ratifikační proces prakticky zastavil.

⁸ Tzv. *co-decision procedure* zavedla Maastrichtská Smlouva již v roce 1992 a zrovnoprávnila

tímto postupem Evropský Parlament a Radu EU při přijímání legislativních aktů v oblastech uvedených v aktech primárního práva.

⁹ Rozsudek ESD ze dne 4. prosince 1974 ve věci 41/74 *Van Duyn* ECR 1337.

¹⁰ Více k tématu Ing. Mgr. Radek Matušík: Účast Evropského soudního dvora na tvorbě pravidel práva EU, diplomová práce. Dostupná zde http://is.muni.cz/th/99987/pravf_m/?lang=en.

pravomocí. EP je orgánem, který má dle mnoha úhlů pohledu největší legitimitu. Jeho pravomoci odvozené ze smluv fungují společně s principem zastupitelské demokracie, jak ji známe z ústavního práva členských států. Bývá však častou chybou srovnávat postavení EP s postavením národních parlamentů, které disponují mnohem více pravomocemi, a jejich legitimita bývá odvozena přímo od občanů států nebo chcete-li národa.

Z hlediska vztahu orgánů podílejících se na normotvorbě k demokratického deficitu, je především nutné analyzovat postavení a roli Evropského parlamentu jako reprezentanta zastupitelské demokracie, které má nejbližší k občanům EU a jeho posílení by mohlo z dlouhodobého hlediska znamenat zvýšení podílu demokratických institutů v rámci rozhodovacích procedur EU. Tento proces je pro jednotlivce velice těžko ovlivnitelný a zvýšení vlivu EP by teoreticky mohlo ve svém důsledku vést ke zvýšení vlivu voličstva.

Před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost disponoval Evropský parlament podstatnými pravomocemi v oblasti tzv. spolurozhodovací procedury¹¹, kdy projednával společně s Radou EU návrhy Evropské komise a mohl zabránit přijetí aktu vyjádřením svého nesouhlasu zamítavým hlasováním. Omezené pravomoce měl EP v rámci tzv. spolupráce¹², kdy jeho odmítavý postoj mohla přehlasovat Rada EU jednomuslným rozhodnutím. Při přijímání aktů během tzv. slyšení¹³ byla pravomoc EP limitována pouze na vyjádření nezávazného stanoviska.

Co se týče normotvorby přinesla Lisabonské smlouva podstatné změny. Došlo k rozšíření oblastí legislativy, ve kterých instituce rozhodují pomocí spolurozhodovací procedury, která touto novelizací převzala název řádný legislativní proces, což bez přehnaného optimismu značí snahu o plnohodnotné zapojení EP do normotvorného procesu a posílení jeho postavení mezi ostatními institucemi. Mezi oblastmi, které tak nově podléhají souhlasu EP patří vnitřní trh, oblasti justice, vnitra a hospodářské politika a mnoho dalších oblastí.

Významnou roli má EP nově i při přijímání ročního rozpočtu EU, kdy je pro přijetí rozpočtu třeba souhlasu poslanců EP a posílení můžeme sledovat i ohledně společné obchodní politiky Evropské Unie, kdy je Komise nyní formálně povinna konzultovat EP ohledně postupu při vyjednávání s obchodními subjekty, státy a mezinárodními organizacemi¹⁴.

¹¹ Tzv. co-decision procedure.

¹² Tzv. cooperation procedure

¹³ Tzv. consultation procedure

¹⁴ K tomuto tématu Woolcock S., "The potential impact of the Lisbon Treaty on European Union external trade policy, Stockholm 2008, Swedish Institute for European Policy Studies,

Mimo změn týkajících se normotvorby přinesla Lisabonská smlouva Evropskému parlamentu více pramovicí i jiných oblastech. Mezi ně patří volba předsedy Evropské komise, který je tak zodpovědný parlamentu, který také může i vyslovit celé Komisi nedůvěru. EP volí také Vysokého představitele EU pro zahraniční věci a bezpečnostní politiku.

Výše zmíněné změny jasně dokládají snahu tvůrců novelizace primárního práva přiblížit komunitární instituce občanům členských států. EP má nyní podstatně větší možnosti jak působit jako zpětná brzda demokracie¹⁵ a plnit tak obdobnou roli národních parlamentů členských států. Aktivní volič do EP získává těmito změnami větší, i když jen teoretický vliv na dění v EU, což je možno s jistou dávkou zdravého optimismu považovat za podstatných krok k odstranění demokratického deficitu v oblasti tvorby právních aktů EU.

4. OBČANSKÁ INICIATIVA A NORMOTVORBA

V poslední kapitole autor v krátkosti analyzuje další dvě novelizace primárního práva, které mají podstatný vliv na „polisabonský“ vývoj legislativy v EU. Prvním z nich je zavedení institutu Občanské iniciativy jako projektu s ambicemi zapojení občanů členských států do procesu normotvorby. Na konci této kapitoly se autor zmiňuje také o změnách týkajících se posíleného práva občanů na informace o projednávaných a přijatých právních aktech.

Základy právní úpravy občanské iniciativy vychází teoreticky z kodifikace petičního práva Chartou základních práv EU¹⁶, které byla později převzata do norem primárního práva Lisabonskou smlouvou¹⁷. Návrh občanské iniciativy ovšem přišel s podstatně progresivnější variantou zapojení občanů členských států do veřejného a především legislativního života EU. Samotní tvůrci novelizace vkládali do tohoto institutu velké naděje, o čemž svědčí i četná optimistická vyjádření představitelů Unie¹⁸.

June, Issue 08-2008.

¹⁵ J.H. Wieler, U.Haltern, "European Democracy and its critique - five uneasy pieces, Jean Monnet working paper, (1995) No. 1.

¹⁶ Čl. 42-44 Charty základních práv EU.

¹⁷ Čl. 20 Smlouvy o fungování Evropské Unie.

¹⁸ „Občanská iniciativa může být pro občany velmi důležitým způsobem, jak vyjádřit svůj názor. Zavedení tohoto nástroje, který ukáže, že EU vážně naslouchá starostem evropských občanů, mě velmi těší. Zároveň máme záruky, že každá navržená iniciativa bude respektovat naše hodnoty a bude v souladu s našimi základními právy.“ Speech of Viviane Reding in the European Parliament from 12th January 2010; Více zde http://www.europarl.europa.eu/hearings/press_service/product.htm?ref=20100111IPR67125&secondRef=0&language=EN

Článek 11 (4) Smlouvy o Evropské Unii zní:

"Nejméně jeden milion občanů Unie pocházejících z podstatného počtu členských států se může ujmout iniciativy a vyzvat Evropskou komisi, aby v rámci svých pravomocí předložila vhodný návrh k otázkám, k nimž je podlemínění těchto občanů nezbytné přijetí právního aktu Unie pro účely provedení Smluv."

Tento článek vyžadoval upřesnění některých pojmů, které bylo podpořeno vydáním tzv. Zelené knihy o Evropské občanské iniciativě¹⁹ a v únoru 2011 provedeno přijetím nařízení 211/2011, ve kterém došlo k detailné úpravě pojmů spojených s občanskou iniciativou a souvisejícím procesem její formace. Početný počet států byl určen na 9²⁰, což je stejný počet členských států, který je třeba k tzv. posílené spolupráci²¹ či k zahájení řízení v procesu kontroly subsidiarity národními parlamenty²², což je jedna z podstatných novelizací primárního práva vstupující v platnost společně s Lisabonskou smlouvou. S prerekvizitou počtu států je třeba splnit i podmínku minimálního počtu hlasů v jednotlivém státě, který se vypočítává vynásobením počtu poslanců v Evropském parlamentu koeficientem 750. V České republice by tedy bylo třeba dosáhnout minimálního počtu 16 500 hlasů. Tyto podmínky jsou vhodně zvolené a přiměřené, jelikož reprezentují počet států již zvolený v jiných institutech komunitárního práva. Nevýhodou a možná i brzdou přístupu občana členského státu k občanské iniciativě jako demokratickému nástroji může být organizační nedostupnost, kdy zorganizování tak velkého počtu občanů z různých zemí bude dostupné jen pro vlivné a majtné lobbistické skupiny více než pro nevládní organizace či iniciativní sdružení či nadace na podporu jistého společenského zájmu. To by bylo v rozporu s proklamovanými cíli této právní úpravy.

Co se týče formálního průběhu občanské iniciativy je nutná registrace u Komise, kdy od tohoto momentu běží 12-ti měsíční lhůta²³ na dosažení požadovaného počtu prohlášení o podpoře²⁴. Diskutabilní je tzv. kontrola přípustnosti občanské iniciativy, kdy jsou organizátoři povinni po získání 300 000 prohlášení o podpoře požádat Komisi o vydání rozhodnutí o

¹⁹ Zelená kniha o Evropské občanské iniciativě, Brusel 11.11.2009, KOM (2009)622 v konečném znění. Dostupná zde: http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/com_2009_622_cs.pdf

²⁰ Čl. 7 NAŘÍZENÍ EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY (EU) č. 211/2011 ze dne 16. února 2011 o občanské iniciativě. Dostupné zde: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:065:0001:0022:CS:PDF>

²¹ Čl 20 Smlouvy o Evropské Unii

²² Čl 7 odst. 2 Protokolu o používání zásad subsidiarity a proporcionality.

²³ Ibid. Čl. 5 odst. 4

²⁴ Oficiální termín pro podporu u petic klasicky vyjadřovanou podpisem na petičním archu.

přípustnosti občanské iniciativy. Komise má posléze 2 měsíce na posouzení, což se může při známé rozsáhlosti úřednického aparátu Komise zdát jako přehnaně dlouhá doba i ve vztahu ke 12 měsíční lhůtě pro shromáždění stanoveného počtu prohlášení o podpoře. Nicméně je tento proces třeba považovat za pragmatickou kontrolu případných ať formálně či materiálně nevyhovujících podání.

Samotné následné přezkoumávání občanské iniciativy Komisí je nařízením upraveno jen velmi stroze. Komisi z dílky nařízení vyplývá povinnost zveřejnit občanskou iniciativu na svých webových stránkách, iniciativu posoudit a do 4 měsíců vydat sdělení, ve kterém uvede případné opatření a jejich zdůvodnění. Toto sdělení bude opět publikováno na webových stránkách instituce. Strohost a detailní neupravenost samotného posouzení zdá se býti největším nedostatkem celé úpravy a zklamáním pro optimistické zastánce posílení poarticipativní demokracie na komunitární úrovni. Absence jakéhokoli ustanovení o možnosti přezkumu sdělení Komise ke konkrétní občanské iniciativě omezuje práva organizátorů na pouhé zorganizování iniciativy bez možnosti bránit se efektivně proti případnému zamítavému postoji Komise. Nařízení obsahuje i ustanovení věnující se samotnému shromažďování prohlášení o podpoře a nezbytné ochraně osobních údajů²⁵.

Autor se v této části soustředí na vymezení pozitiv i nedostatků občanské iniciativy, které ve svých počátcích vzbuzovala velké sympatie příznivců přímé demokracie v EU²⁶. Tento institut má nepochybně ambice posílit politická práva²⁷ jednotlivce a tím tak přiblížit občana EU k procesu tvorby legislativy a teoreticky tak posílit demokratické základy Evropské unie jako mezinárodní organizace. Co však s největší pravděpodobností bude působit potíže jsou systematické a formální požadavky na přípustnost a samotné těžkopádnost procesu posuzování formální a materiální správnosti Komisí. Absence opravného prostředku proti zamítavému postoji rady bude nepochybně velmi kritizovanou překážkou uvedení tohoto institutu přímé demokracie v efektivní praxi.

Jednou z dalších progresivních úprav týkajících se posilování demokratických prvků při tvorbě právních aktů je článek 15 odst. 1

²⁵ Čl. 12 NAŘÍZENÍ EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY (EU) č. 211/2011 ze dne 16. února 2011 o občanské iniciativě. Dostupné zde: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:065:0001:0022:CS:PDF>

²⁶ Např. Cuesta V. L., The Lisbon Treaty 's provisions on democratic principle: A legal framework for participatory democracy? (2009) International Public Law, Volume 16, Number 1, March 2010.

²⁷ Blíže srov. Grygar, J.: Ochrana základních práv v Evropské unii, IFEC, Praha, 2001, s. 17, 27

Smlouvy o fungování Evropské unie na základě kterého má Rada EU a Evropské parlament povinnost jednat veřejně při projednávání návrhu legislativního aktu. Toto právo je odvozeno na právo na informace a přístup k oficiálním dokumentům, které již bylo součástí primárního práva před novelizací Lisabonskou smlouvou a po novelizaci bylo zařazeno do článku 15 odst.3. Právo občana na informace bylo nedávno posíleno i judikaturou Evropského soudního dvora, kdy v rozsudku Turco proti Radě²⁸ soud přiznal občanům právo na přístup k právním posudkům právní služby Rady EU vztahující se k jakýmkoliv legislativním návrhům. Toto právo se tak s prohlubující se integrací rozšiřuje na stále více oblastí profesionálního života institucí EU, které tak mohou podléhat průběžné i následné kontrole společnosti, což je jedním ze základních podmínek právní odpovědnosti institucí²⁹ a participativní demokracie.

5. ZÁVĚR

Normotvorba Evropských institucí a související pravomoci jsou tradičně rozděleny mezi Radu EU, Komisi a Evropské parlament. Z pohledu posílení demokracie je při nových integračních pokusech a novelizacích primárního práva třeba klást důraz na zvyšování podílu vlivu občana členského státu na vznik a přijímání právních aktů na komunitární úrovni. Současně je třeba klást důraz na občanskou kontrolu aktů těchto institucí a s tím související právo na informace o právních aktech.

Lisabonská smlouva přináší v tomto ohledu velké změny a proklamovaný boj za zmírnění tzv. demokratického deficitu je třeba brát vážně. Posílení pravomocí Evropského parlamentu, který se stal při přijímání právních aktů prakticky rovnocenným Radě EU je důležitým krokem k většímu zapojení t "Evropského lidu" do chodu institucí a tím tak posílit prvky participativní demokracie, i když je velmi problematické aplikovat národní schéma demokratického rozložení pravomocí na mezinárodní organizaci takového rozsahu a komplexnosti.

Velké ambice neskrývá ani nově zavedený institut občanské iniciativy, který teoreticky umožňuje organizované skupině obywatelstva z podstatného počtu členských států navrhopvat legislativu. Co ovšem může tento proces zbrzdit či znemožnit je velká technická, organizační a s tím spojená materiální náročnost této iniciativy a absence detailní úpravy posouzení tohoto návrhu samotnou Komisí. Hrubým nedostatkem je, dle autora, absence jakéhokoliv opravného prostředku proti výsledkům posouzení daného

²⁸ Rozsudek ESD ze dne 24. listopadu 2004, T-84/03, Maurizio Turco proti Radě.

²⁹ Cuesta V. L., The Lisbon Treaty 's provisions on democratic principle: A legal framework for participatory democracy? (2009) International Public Law, Volume 16, Number 1, March 2010, 131.

návrhu Komisi. Zde je patrné, že s prvky přímé a participativní demokracie se bude na komunitární úrovni i nadále zacházet váhavě a velmi opatrně.

Literature

- Cuesta V. L. , The Lisbon Treaty 's provisions on democratic principles:
A legal framework for participatory democracy? (2009) International Public
Law, Volume 16, Number 1, March 2010
- European Parliament Press Release 19.10.2007. Dostupné zde
[[http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-
//EP//TEXT+IMPRESS+
20071019IPR11909+0+DOC+XML+V0//EN](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IMPRESS+20071019IPR11909+0+DOC+XML+V0//EN)]
- Grygar, J.: Ochrana základních práv v Evropské unii, IFEC, Praha, 2001
- Lekberg Soren, Method for subsidiarity control by national parliaments,
The Secretariat, European Convention, ECOSAC, Working group IV, 2002
- Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o občanské iniciativě,
Brusel, 31.3.2010, KOM (2010) 119 v konečném znění
- Rozsudek ESD ze dne 24. listopadu 2004, T-84/03, Maurizio Turco proti
Radě.
- Woolcock S., "The potential impact of the Lisbon Treaty on European
Union external trade policy, Stockholm 2008, Swedish Institute for European
Policy Studies, June, Issue 08-2008
- Working document on a proposal for a regulation of the European
Parliament and of the Council of the citizens' initiative, 22.6.2010,
Committee on Constitutional Affairs, Rapporteur Zita Gurmai and Alain
Lamasoure; [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/
/afco/dt/821/821462/821462en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/dt/821/821462/821462en.pdf)
- Zelená kniha o Evropské občanské iniciativě, Brusel 11.11.2009, KOM

(2009)622 v konečném znění. Dostupná na

http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/com_200

<http://www.europa.eu>

<http://www.euroskop.cz>

<http://www.euroactiv.cz>

<http://www.vlada.cz>

<http://www.eur-lex.eu>

Contact – email

bacgo@mail.muni.cz

STABILIZAČNÍ DOLOŽKY V ČESKÉM PRÁVU

JAROSLAV BENÁK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra ústavního práva a
politologie

Abstract in original language

Príspevok sa zaoberá postavením smluv obsahujúcich stabilizačnú doložku v řízení před soudy a správními orgány v České republice. Autor analyzuje judikaturu Nejvyššího správního soudu týkající se vztahů mezinárodního a národního práva a pokouší se ji aplikovat při řešení konfliktů mezi právním stavem fixovaným stabilizační doložkou a veřejnými zájmy vyjádřenými v nové (později přijaté) legislativě.

Key words in original language

stabilizační doložka, vztah mezinárodního a vnitrostátního práva, mezinárodní investiční právo

Abstract

The paper deals with stabilization clauses and their role in proceedings before courts and administrative authorities in the Czech Republic. The author is analysing existing case-law of Czech Supreme Administrative Court on relationship between international and domestic law and is trying to find possible solutions for cases where law fixed by stabilisation clause and revised law are in obvious contradiction.

Key words

stabilisation clause, relationship between international and domestic law, international investment law

1. ÚVOD

Při uzavírání diagonálních smluv mezi zahraničními investory a státy existuje na straně investorů riziko, že stát po uzavření smlouvy změní své právní předpisy, čímž (ne nutně záměrně) významně ztíží investorovi realizaci jeho investičního záměru. V některých případech se investoři snaží toto riziko minimalizovat vložením stabilizační doložky do takové smlouvy. Podstatou stabilizační doložky je zpravidla závazek státu aplikovat vůči investorovi právo v takové podobě v jaké platilo v okamžiku sjednání smlouvy.

Cílem předkládaného příspěvku je analyzovat dopad stabilizační doložky na činnost státních orgánů v řízeních, která se týkají investora. Není pochyb, že v mezinárodní rovině se chování státu posuzuje pouze podle mezinárodních

norem a vlastní právo státu se nepovažuje za důvod, proč by mohly být mezinárodněprávní povinnosti porušeny.¹ V rámci fungování státního mechanismu ovšem státní orgány musí dodržovat i vnitrostátní právo a tudíž je třeba řešit otázku, zda v rámci našeho systému pramenů práva je skutečně pravdivá definice stabilizační doložky, tj. zda skutečně existuje vymahatelná povinnost státních orgánů respektovat stabilizační doložku.

Nejprve se budu zabývat podrobnějším vymezením pojmu stabilizační doložka a ústavněprávní kvalifikací takových doložek. Potom rozeberu dostupnou literaturu a judikaturu týkající se vztahu mezinárodního a českého vnitrostátního práva a budu řešit, před kterými jinými druhy pramenů práva má stabilizační doložka přednost. V závěru stručně nastíním, jaké jsou možné dopady toho, že některý pramen práva „převáží“ nad stabilizační doložkou.

2. KVALIFIKACE STABILIZAČNÍ DOLOŽKY Z POHLEDU ÚSTAVNÍHO PRÁVA

Stabilizační doložka má zabezpečovat, že podmínky dohodnuté ve smlouvě mezi státem a investorem nebudou změněny či zrušeny jednostranným zásahem státu v podobě změny jeho práva.² Faruque člení stabilizační doložky na doložky *stricto sensu*, doložky nedotknutelnosti (*intangible clausus*) a ekonomické stabilizační doložky.

Doložka *stricto sensu* funguje tak, že stát se zavazuje aplikovat vůči investorovi právo účinné k datu označenému ve smlouvě. Doložka nedotknutelnosti zakazuje, aby stát prostřednictvím své legislativy jednostranně zasahoval do podmínek nastavených ve smlouvě. K takové změně může dojít pouze na základě oboustranné dohody mezi státem a investorem.

Třetí typ doložek zavazuje stát neaplikovat vůči investorovi takové změny legislativy či administrativní praxe, které by pro něj znamenaly podstatné zvýšení nákladů spojených s realizací investice.

Mám-li se zabývat dopadem stabilizačních doložek na činnost a rozhodování státních orgánů, je třeba nejprve zařadit tyto doložky do systému pramenů práva, tedy provést jejich ústavněprávní kvalifikaci.

Je zřejmé, že smlouva mezi státem a investorem není mezinárodní smlouvou, s jejíž ratifikací vyslovuje souhlas parlament. Tudíž se taková

¹ MALENOVSKÝ, Jiří. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 471.

² FARUQUE, Abdullah: *Validity and Efficacy of Stabilisation Clausus – Legal Protection vs. Functional Value*. In *Journal of International Arbitration*, roč 23, č. 4. 2006, s. 318.

smlouva (a tím pádem ani stabilizační doložka v ní obsažená) netěší aplikační přednosti před zákonem podle čl. 10 Ústavy.

Podle Šturmy je smlouva mezi investorem a státem v rámci národního právního řádu pouze soukromoprávním úkonem, samotné stabilizační doložky se však řídí mezinárodním právem.³ Z toho docházím k závěru, že povinnost státu respektovat stabilizační doložku je závazkem ČR vyplývajícím z mezinárodního práva ve smyslu čl. 1 odst. 2 Ústavy.

3. VZTAH STABILIZAČNÍ DOLOŽKY A OSTATNÍCH PRAMENŮ PRÁVA

Pro interpretaci ustanovení čl. 1 odst. 2 Ústavy je klíčová judikatura Nejvyššího správního soudu k významu mezinárodního práva při rozhodování ve věcech mezinárodní ochrany.⁴ Podle ní je každá entita, jejíž jednání se z mezinárodněprávního pohledu přičte České republice, povinna v případě, kdy řeší věc, na niž dopadá závazek ČR z mezinárodního práva, postupovat tak, že učiní vše pro to, aby byl tento závazek dodržen.

Je tudíž třeba se zabývat tím, kde leží případné hranice „všeho“, tj. zda a jak jsou limitovány možnosti státního orgánu vyhovět mezinárodnímu závazku ČR. Prvním limitem je pravidlo přednosti evropského práva. Jestliže Evropská unie přijme nařízení (tedy právní předpis, který je přímo aplikovatelný), jež bude dopadat na právní vztahy zahraničního investora, nemá ČR žádnou možnost, jak toto pravidlo ignorovat, aniž by se vystavovala případným postihům ze strany EU.

Další limit představuje ustanovení čl. 103 Charty OSN. Podle tohoto ustanovení mají závazky z Charty OSN přednost před závazky z jakýchkoliv jiných mezinárodních dohod. Pokud tedy bude státům včetně ČR nařízeno rezolucí zablokovat investorovi bankovní účet (pro podezření z účasti na teroristických aktivitách), nemá ČR jinou možnost, než tento pokyn respektovat.

Zajímavá je otázka poměru mezinárodních závazků ČR a ústavních zákonů. Komentáře⁵ k čl. 10 Ústavy se shodují v tom, že aplikační přednost mezinárodních smluv se týká pouze „obyčejných“ zákonů a nikoliv ústavních zákonů. Sládeček tento závěr odůvodňuje tím, že ústavní zákony

³ ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 2. dopl. vyd. Praha: Linde, 2008, s. 89.

⁴ Postupný vývoj této judikatury přehledně vysvětluje Pavel Molek in MOLEK, Pavel. *Právní pojem „pronásledování“ v souvislostech evropského azylového práva*. 1. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 142-157.

⁵ Ze tří hlavních komentářů k Ústavě se problematice věnuje šedý komentář C. H. Beck a komentář Linde. Komentář Klíma a kol. z nakladatelství Aleš Čeněk analyzovanou problematiku vůbec neřeší.

tvoří součást ústavního pořádku a jsou tudíž referenčním kritériem posuzování, zda je smlouva, jež má být ratifikována, v souladu s ústavním pořádkem.⁶ Molek dále uvádí, že ústavní zákony se přijímají kvalifikovanou většinou, kdežto pro vyslovení souhlasu s ratifikací smlouvy stačí většina prostá. Z toho Molek dovozuje, že by bylo absurdní umožnit, aby stačila prostá většina k faktické derogaci předpisu přijatého většinou kvalifikovanou.⁷

Ani jeden z autorů se však nezabývá explicitně otázkou, zda může stát „neutralizovat“ své mezinárodní závazky tím, že po ratifikaci mezinárodní smlouvy přijme ústavní zákon, jenž bude s touto smlouvou v rozporu. Osobně se domnívám, že tento postup možný je, nicméně za toto „budování ústavní identity“ zaplatí stát cenu v podobě mezinárodní odpovědnosti za porušení mezinárodního závazku.

Přímo na konferenci vyvolala tato otázka čilou diskusi, v níž zazněl argument⁸, že nový ústavní zákon by derogoval nejen mezinárodní smlouvu, ale i ústavní požadavek respektu k mezinárodním závazkům daný čl. 1 odst. 2 Ústavy, takže by ústavní zákon též suspendoval samotnou Ústavu. Tento argument pokládám za velmi dobrý a připouštím, že je přinejmenším stejně kvalitní jako shora uvedené argumenty ve prospěch mnou zastávaného stanoviska. Domnívám se proto, že by si celá oblast zasloužila hlubší studium.

4. ZÁVĚR

Povinnost státu respektovat stabilizační doložky je povinností z mezinárodního práva. Proto stíhá všechny entity, jejichž jednání se v mezinárodním prostoru přičte České republice. Tuto povinnost nelze derogovat přijetím zákona nebo podzákonného předpisu.

Na druhé straně existují povinnosti státních orgánů, které jsou silnější než stabilizační doložka. Jde zejména o povinnost aplikovat evropské právo, povinnost respektovat požadavky Charty OSN a povinnost dodržovat ústavní zákony. V těchto třech případech se může stát, že státní orgány budou vůči investorovi uplatňovat právní řád v jiné podobě, než jaká je fixována stabilizační doložkou.

Z vnitrostátního hlediska bude postup těchto orgánů správný. V mezinárodním měřítku však může Česká republika čelit žalobě investora, že zmařil jeho investici tím, že nerespektoval stabilizační doložku.

⁶ SLÁDEČEK, Vladimír; MIKULE, Vladimír; SYLLOVÁ, Jindřiška. *Ústava České republiky: komentář*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2007, str. 83.

⁷ Kolektiv autorů: *Ústava České republiky: komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 184.

⁸ Za tento argument děkuji kolegovi Mgr. Ivanu Cisárovi.

Literature:

- FARUQUE, Abdullah: *Validity and Efficacy of Stabilisation Clausus – Legal Protection vs. Functional Value*. In Journal of International Arbitration, roč 23, č. 4. 2006, s. 318. ISSN: 0255-8106
- Kolektiv autorů: *Ústava České republiky: komentář*. Praha: Linde, 2010. 1533 s. ISBN 9788072018147.
- MALENOVSKÝ, Jiří. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. 551 s. ISBN 9788021044746
- MOLEK, Pavel. *Právní pojem „pronásledování“ v souvislostech evropského azylového práva*. 1. Praha: C. H. Beck, 2010, 192 s. ISBN: 9788074001642
- SLÁDEČEK, Vladimír; MIKULE, Vladimír; SYLLOVÁ, Jindřiška. *Ústava České republiky : komentář*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2007. 935 s. ISBN 9788071798699
- ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 2. dopl. vyd. Praha: Linde, 2008. 334 s. ISBN 9788072017096

Contact – email

jaroslav.benak@gmail.com

NIEKOĽKO POZNÁMOK K AKTUÁLNYM PROBLÉMOM LEGISLATÍVY EURÓPSKEJ ÚNIE

IGOR BLAHUŠIAK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra mezinárodního a
evropského práva, Česká republika

Abstract in original language

Príspevok sa zameria na aktuálne otvorené otázky v rámci tvorby normatívnych aktov v EÚ. Budú zmienené významné zmeny oblasti tzv. komitológie vykonané v období prvého roka implementácie Lisabonskej zmluvy. Príspevok analyzuje aktuálny stav právnej úpravy a porovná ho so stavom predchádzajúcim. Taktiež poukáže na niektoré základné dôsledky prijatých zmien.

Key words in original language

Európska Únia, Legislatíva, komitológia, delegované akty, implementačné akty, normotvorba, Lisabonská zmluva

Abstract

The contribution focuses on the current unresolved issues in the rule-making processes of the EU. Important changes in the field of so-called comitology in the period of the first year of the implementation of the Lisbon Treaty will be mentioned. The contribution analyses the current legal regulation and compares it to previous one. Also, it determines some basic implications of adopted changes.

Key words

European Union, Legislation, Comitology, Delegated Acts, Implementing Acts, Rule-making, Lisbon Treaty

1. ÚVOD

Lisabonská zmluva priniesla niekoľko novín do oblasti prijímania aktov unijného práva. Zmeny boli jednak procedurálne, a taktiež aj substantívne; boli zavedené nové kategórie aktov.

Z procedurálnych zmien je možné spomenúť transformáciu postupu spolurozhodovania na „riadny legislatívny postup“ a postupov konzultácie a súhlasu na „zvláštny legislatívny postup“.¹ Taktiež je nutné zmieniť rozšírenie aplikácie hlasovania kvalifikovanou väčšinou v Rade a zmeny

1 Vid' ust. čl. 289 a 294 Zmluvy o fungovaní EÚ (ZFEÚ).

v postupe prijímania rozpočtu, ktoré je možné s istým nadhľadom hodnotiť ako revolučné.²

Hlavné procedurálne zmeny už boli viac krát v čase od prijatia Lisabonskej zmluvy popisované.³ Okrem nich došlo z hľadiska systematického k rozšíreniu typov aktov európskeho práva – boli zavedené nové pojmy tzv. regulačných aktov, medziinštitucionálnych dohôd a taktiež nové delenie na akty legislatívne a nelegislatívne, ktoré je ďalej možné deliť na akty delegované a implementačné.

Ako regulačné akty je možné označiť akty, ktoré akty všeobecne aplikovateľné nelegislatívne akty, ktoré sú tzv. self-executing.⁴ Z pohľadu hlavného textu Zmlúv sú novým fenoménom aj medziinštitucionálne dohody. Ako však výskum ukázal, nejde v žiadnom prípade o novinku. Sú uzatvárané od roku 1963, aj keď pomerne málo – celkovo ich bolo uzatvorených cca 140. Môžeme ich teoreticky (nie legálne, podľa čl. 295 ZFEÚ) definovať ako písomné dohody minimálne dvoch orgánov EÚ zverejnené v Úradnom vestníku, uzatvárané za účelom konkretizovať ustanovenia primárneho práva.⁵

V tom článku sa zameriame na zmeny čiastkové, ktoré nastali v poslednom období a ktoré aj pre samotné inštitúcie predstavujú praktický problém v ich uchopení. Jedná sa o otázky tzv. delegovaných a implementačných aktov, a to tak vo svetle ich delenia do týchto kategórií, ako aj nového komitologického rozhodnutia, ktoré vstúpilo v platnosť 1. marca 2011.

2. LEGISLATÍVNE A NELEGISLATÍVNE AKTY EÚ

Lisabonská zmluva delí právne akty EÚ (nariadenia, smernice, rozhodnutia, atď.) na legislatívne a nelegislatívne.⁶ Legislatívne sú prijaté legislatívnym postupom podľa ust. čl. 289 ZFEÚ, nelegislatívne akty predstavujú tie akty,

2 Napr. z perspektívy rozloženia právomocí Parlamentu a Rady v tejto oblasti pred rokom 1970. Vid' napr. RITTBERGER B. *Building Europe's Parliament*. 1st ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. 234 pp.

3 BLAHUŠIAK I. *Changes in 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. 12 pp.

4 Vid' BLAHUŠIAK, I. *Access of Citizens to the Court of Justice: The Role of Regulatory Acts*. In: *Dny práva – 2010 – Days of Law, The conference proceedings*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2010. 22 pp.

5 Vid' BLAHUŠIAK I. *Medziinštitucionálne dohody v práve Európskej únie po prijatí Lisabonskej zmluvy*. In: *CD příspěvků z mezinárodní konference MEKON 2010*. 1. vyd. Ostrava: Vysoká škola báňská - Technická univerzita, 2010. 12 pp.

⁶ Vid' ust. čl. 289 ZFEÚ.

ktoré nie sú prijaté legislatívnym postupom. Jedná sa o delegované akty (čl. 290 ZFEÚ) a akty implementačné (čl. 291 ZFEÚ). Tieto dva typy aktov v podstate nahrádzajú systém komitológie tak, ako bol používaný do 28. februára 2011. Z jednej strany je tak možné chápať Lisabonskú zmluvu ako pokračovanie v pomerne dlhej línii zmien,⁷ na strane druhej je ju možné vnímať ako zmenu pomerne revolučnú.

Aktuálne skúsenosti s implementáciou Lisabonskej zmluvy ukazujú, že významným problémom sa stáva procedurálna voľba medzi delegovanými a implementačnými aktmi. Primárne právo ponecháva túto voľbu predovšetkým na legislatívnej autorite, teda Európskom parlamente (ďalej iba ako "Parlament") a Rade ministrov (ďalej iba ako "Rada"). Pretože úprava v Zmluvách obsahuje len niektoré základné zásady, s ohľadom na odlišné paradigmatické založenie oboch inštitúcií,⁸ vzniká v období po vstupe Lisabonskej zmluvy do platnosti pomerne veľký počet procedurálnych sporov týkajúcich sa tejto otázky.

Legislatívec EÚ (Parlament a Rada) má teda pri otázkach delegácie legislatívnych právomocí nasledujúce možnosti:

1. Upraviť všetky aspekty daného pomeru sám;
2. Delegovať právomoc prijať legislatívne opatrenia na iné subjekty, za splnenia stanovených podmienok:
 - a. Na Komisiu - v prípade delegovaných aktov;
 - b. Na Komisiu v spolupráci so zástupcami členských štátov - v prípade implementačných aktov.

V prípade ad 1 teda Parlament a Rada spoločne podľa stanoveného legislatívneho postupu, či už riadneho alebo niektorého zo zvláštnych

⁷ Systém komitológie vznikol už v roku 1961, kedy bol vytvorený prvý výbor stanovujúci ceny poľnohospodárskych výrobkov. Dôvodmi pre jeho vznik bola nielen rýchlosť prijímania aktov, ale aj jeho flexibilita, možnosť kontroly či efektívnosť. Postupne sa systém čím ďalej viac orientoval nielen na prijímanie technických podrobností, ale sa politizoval, a teda začal vyžadovať väčšiu kontrolu. Vid' napr. CHRISTIANSEN, T., OETTEL, J. M., VACCARI, B. (2009) (eds.). *21st Century Comitology: Implementing Committees in the Enlarged European Union*. Dostupné [online] <http://publications.eipa.eu/en/details/show/=1832>, cit. 13. mája 2011.

⁸ Máme na mysli reprezentáciu nadnárodnej paradigmy Európskym parlamentom a medzivládnej paradigmy Radou ministrov, čo vyvoláva v mnohých prípadoch isté napätie v inštitucionálnej štruktúre EÚ. Bližšie vid' napr. RITTBERGER, B. (2005). Túto skutočnosť zmieňuje i samotný Parlament vo svojej správe o delegácii legislatívnych právomocí - vid' EUROPEAN PARLIAMENT. Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers. C7-0073/2010.

postupov, stanoví pravidlá pre všetky aspekty regulovaného právneho pomeru. Takto prijaté akty budú aktmi legislatívnymi. S ohľadom na fakt, že legislatívny proces na úrovni EÚ je procedurálne a časovo pomerne náročný, môže byť vnímaná táto možnosť úpravy právnych pomerov ako pomerne neflexibilná, najmä čo sa týka aktualizácie jednotlivých "technických" aspektov úpravy, napríklad v dôsledku postupného technologického vývoja a vzniku nových vedeckých poznatkov.

3. KOMITOLÓGIA DO ROKU 2011

Práve z tohto dôvodu bola už pred Lisabonskou zmluvou zakotvená možnosť vyhnúť sa časovo a procedurálne náročnému legislatívnemu procesu a prijímať niektoré detailné časti úpravy postupom, ktorý by mal byť flexibilnejší a rýchlejší.⁹ Takto prijaté akty budú aktmi nelegislatívnymi, či už delegovanými alebo implementačnými.

V rokoch 2006 až 2011 boli dnešné nelegislatívne akty, vtedajšie komitologické akty, prijímané v režime Rozhodnutia Rady 1999/468/ES zo dňa 28. júna 1999 o postupoch pre výkon výkonných právomocí zverených Komisií, v znení rozhodnutia Rady 2006/512/ES zo dňa 17. júla 2006 (ďalej len ako "Rozhodnutie") piatimi postupmi:¹⁰

- **Poradný postup** (článok 3 Rozhodnutia), ktorý sa používal pre otázky, ktoré neboli politicky citlivé. Komisia predložila návrh opatrenia, o ktorom hlasoval príslušný výbor; bolo nutné dosiahnuť prostú väčšinu. Avšak aj v prípade, že stanovisko výboru bolo negatívne, Komisia ním nebola právne viazaná.
- **Riadiaci postup** (článok 4 Rozhodnutia), používaný napr. pri otázkach spoločnej poľnohospodárskej politiky, obvykle pre rozhodovanie o určitých kvantifikovaných hodnotách. Komisia v tomto prípade navrhla opatrenie a príslušný výbor hlasoval; na prijatie rozhodnutia bolo potrebné dosiahnuť kvalifikovanú väčšinu hlasov. Komisia mohla opatrenie prijať, ak príslušný výbor dané opatrenie schválil alebo nevydal žiadne stanovisko, teda nedokázal nájsť kvalifikovanú väčšinu hlasov za alebo proti danému opatreniu. V prípade, že príslušný výbor kvalifikovanou väčšinou návrh Komisie odmietol, bol tento postúpený

⁹ Napr. v rokoch 2004-09 bolo prijatých 454 legislatívnych aktov, ale až 14 522 právne záväzných nelegislatívnych aktov. Vid' HARDACRE, A. New comitology: Key developments to keep an eye on. Dostupné [online] <http://www.euractiv.com/en/future-eu/new-comitology-key-developments-keep-eye-analysis-504350>, cit. 13. mája 2011.

¹⁰ Vid' Rozhodnutie Rady 1999/468/ES zo dňa 28. júna 1999 o postupoch pre výkon výkonných právomocí zverených Komisií, v znení rozhodnutia Rady 2006/512/ES zo dňa 17. júla 2006. Ú. v. L 200, 22. júla 2006, s. 11 – 13.

Rade, ktorá do troch mesiacov buď kvalifikovanou väčšinou návrh prijala alebo zamietla. Ak Rada v tejto lehote nedokázala zamietnuť daný návrh, Komisia mohla opatrenie prijať. Tento postup v praxi veľmi často viedol k prijatiu návrhu Komisie.

- **Regulačný postup** (článok 5 Rozhodnutia) sa používal na zmenu nepodstatných ustanovení základných legislatívnych aktov. V tomto prípade boli akty politicky citlivejšie, keďže sa dotýkali oblasti legislatívy. Pre prijatie opatrenia je nutné, aby ho príslušný výbor schválil kvalifikovanou väčšinou. Ak sa tak nestalo, alebo ak výbor kvalifikovanou väčšinou opatrenie odmietol, bolo toto postúpené Rade. Tá kvalifikovanou väčšinou do troch mesiacov buď návrh prijala alebo ho zamietla. V prípade, že nenastala ani jedna z týchto možností, Komisia mohla návrh prijať. V rámci tohto postupu mal Parlament právo prieskumu, kedy v prípadoch, že základný akt bol prijatý postupom spolurozhodovania, mohol v lehote jedného mesiaca prijať nezáväznú stanovisko, že Komisia prekročila svoje právomoci stanovené v základnom akte.¹¹
- **Regulačný postup s dohľadom** (článok 5a Rozhodnutia), ktorý bol zavedený v roku 2006 a umožňoval legislatívcom väčšiu kontrolu nad politicky citlivými otázkami. Používal sa za súčasného naplnenia dvoch podmienok: (a) základný akt bol prijatý postupom spolurozhodovania a (b) opatrenie je všeobecnej povahy, nejde o individuálny akt. Postup bol najprísnejší, čo sa týkalo právomocí Komisie - jednalo sa o dvojstupňový proces. Po schvaľovaní návrhu v príslušnom výbore mohla ešte Rada a Parlament vetovať prijatý návrh, no museli splniť opäť dve podmienky: (a) procedurálnu, spočívajúcu v stanovení prekluzívnej lehoty troch mesiacov pre využitie tohto oprávnenia a (b) substantívnu, spočívajúcu v naplnení jedného z troch stanovených dôvodov pre vyslovenie veta. Týmito dôvodmi bolo (i) prekročenie právomocí stanovených v základnom akte, (ii) nesúlad s cieľmi alebo obsahom základného aktu a (iii) porušenie zásad subsidiarity a proporcionality. V prípade, že už v prvej fáze príslušný výbor nedospel k stanovisku k návrhu Komisie, bol tento odkázaný Rade, ktorá ho do dvoch mesiacov mohla kvalifikovanou väčšinou prijať. V takomto prípade, ako aj v prípade, že Rada nedosiahla žiadnu dohodu v stanovenej lehote, mohla Komisia návrh predložiť Parlamentu, ktorý mal následne dva mesiace na posúdenie, či návrh nenapĺňa tri vyššie stanovené dôvody pre vyslovenie veta. Parlament mal však rozdielne postavenie od Rady, keďže v prípade, že Rada kvalifikovanou väčšinou v lehote dvoch mesiacov daný návrh Komisie zamietla, tento sa navracal späť Komisií a už nedochádzalo k jeho kontrole Parlamentom.

¹¹ S ohľadom na krátkosť tejto lehoty dochádzalo len k veľmi sporadickému využitiu tejto možnosti zo strany Parlamentu.

- **Ochranný postup** (článok 6 Rozhodnutia) bol pomerne málo využívaný, keďže jeho použitie je predpokladané pre naliehavé situácie, kedy Komisia mohla prijať určité rozhodnutie aj bez ex ante získania stanoviska príslušného výboru. V tomto prípade však musela prijatie oznámiť Rade a opatrenie bolo taktiež posudzované ex post príslušným výborom. Ktorýkoľvek členský štát al právo požiadať o presunutie záležitosti na posúdenie do Rady. Tá následne v lehote troch mesiacov mohla kvalifikovanou väčšinou potvrdiť, zamietnuť alebo zmeniť rozhodnutie Komisie. Na rozdiel od predchádzajúcich postupov však v prípade, že Rada neprijala opatrenie ani v pozmenenom znení, platnosť opatrenia bola ukončená.

V nasledujúcich oddieloch príspevku analyzujeme, aké zmeny voči týmto postupom priniesla Lisabonská zmluva.

4. DELEGOVANÉ AKTY

V prípade delegovaných aktov sa jedná podľa ust. čl. 290 ZFEÚ o prijímanie opatrení Komisiou na základe prenesenia právomocí legislatívcom v legislatívnom, tzv. základnom akte. Podmienkou pre tento prenos je, že sa bude jednať o:¹²

- c. Nelegislatívne akty,
- d. Všeobecnej povahy,
- e. Ktoré dopĺňajú alebo menia
- f. Určité nepodstatné časti legislatívneho aktu.

Rozhodujúce je tu kritérium všeobecnosti aktu a „nepodstatnosti“ menených častí základného aktu. Čo sa týka kritéria ad b.), môžeme konštatovať, že k nemu existuje do istej miery pomerne bohatá judikatúra Súdneho dvora EÚ (SDEÚ). Na tomto mieste spomenieme len rozhodnutie vo veci C-263/02 Jégo-Quéré, kde SDEÚ judikoval, že všeobecnú povahu majú v európskom práve tie „akty, ktoré sú abstraktným spôsobom adresované nedefinovaným kategóriám osôb a použijú sa na objektívne určené situácie“.¹³

¹² Vid' ust. čl. 290 ZFEÚ.

¹³ Vid rozhodnutie SDEÚ vo veci C-263/02 Komisia v. Jégo-Quéré & Cie SA.

Ak sa jedná teda o akt individuálny, nespadá do režimu delegovaných aktov. Ak však ide o akt povahy všeobecnej, je nutné preskúmať podmienku druhú – či dopĺňa alebo mení nepodstatné časti legislatívnych aktov.¹⁴

Pojem "nepodstatnosti" nie je ľahké definovať. Prakticky bude pravdepodobne na legislatívcovi, aby stanovil, ktoré súčasti aktu považuje. Vodítkom tu môže byť judikatúra SDEÚ, ktorý stanovil, že "*ustanovenia, ktoré majú konkrétne regulovať základné smery unijných politík*"¹⁵ je potrebné považovať za ustanovenia podstatné, a teda nie je možné ich prijímať v režime delegovaných aktov. Z pohľadu teoretického je ale možné predstaviť si mnoho prípadov, kedy táto definícia nebude vnímaná ako dostatočne presná. Napríklad je možné, že kvalita "základnosti" smerov unijných politík bude vykladaná rozlične.

Čo sa týka podmienky ad c.), v prípade novelizácie nepodstatných súčastí základného aktu pravdepodobne pôjde napríklad o rôzne prispôbenia základného aktu technickému pokroku. Ani tu však nemusí byť vždy jasné, či sa stále jedná o nepodstatné súčasti aktu; je možné si predstaviť prípady, technických doplnení určitých referenčných hodnôt, kedy však v dôsledku lobbingu producentov či iných aktérov môže dôjsť k spolitizovaniu pôvodne výhradne technickej otázky, a teda aj zvýšeniu závažnosti riešeného problému. Teda, z pôvodne nepodstatného detailu sa môže stať veľmi významná otázka, ktorá sa tak môže stať "základným smerom unijnej politiky". Pripúšťame, že tomu tak pravdepodobne vo väčšine prípadov nebude, vylúčiť vznik takejto situácie však úplne nemožno. Bude následne pravdepodobne na SDEÚ, aby danú otázku (ad hoc) vyriešil. Možno však je, že inštitúcie vzájomne časom uzavru medziinštitucionálnu dohodu regulujúcu tieto otázky, a teda pro futuro vyjasnia problematické okruhy.

V prípade aktov, ktoré dopĺňajú nepodstatné súčasti základného aktu bude detekcia "(ne)podstatnosti" asi ešte o niečo ťažšia. Takéto akty je nutné taktiež odlišovať od aktov implementačných, nemali by teda stanovovať jednotné podmienky implementácie v členských štátoch. Vo všeobecnosti pôjde pravdepodobne najčastejšie o stanovenie konkrétnych podrobností jednotlivých ustanovení základných aktov. Nemalo by ísť o ustanovenia, v ktorých sú vyjadrené základné smery úpravy, aj keď toto konštatovanie neznamená, že musí ísť výhradne o technické podrobnosti.¹⁶ Príkladom použitia delegovaných aktov môže byť napríklad úprava smernice o

14 V prípade, že by akt menil podstatné časti základného aktu, musel by byť prijatý príslušným legislatívnym postupom v režime legislatívnych, nie delegovaných aktov.

15 Vid' rozhodnutia SDEÚ vo veciach C-356/97 Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen EG vs. Hauptzollamt Lindau, C-240/90, Nemecko vs. Komisia, 25/70 Einfuhr und Vorratstelle fuer Getreide vs. Koester.

16 Tým sa tieto akty výrazne odlišujú od aktov implementačných, ktoré by nemali stanovovať žiadne politické smery úpravy.

prospekte, kde delegovaný akt stanovil konkrétne kritériá, údaje a požiadavky na informácie s ohľadom na prospekty.¹⁷

Kategória delegovaných aktov sa môže z istých perspektív javiť ako prekrývajúca kategóriu aktov, ktoré boli v rokoch 2006-11 prijímané v rámci systému komitológie tzv. regulačným postupom s dohľadom.¹⁸ Argumentovať, že obe kategórie aktov sú totožné, by bolo však nepresné, keďže delegované akty pokrývajú širší rámec aspektov. Nie je to však jediná odlišnosť - Rada a Parlament môžu v podstate ľubovoľne stanoviť podmienky, rozsah, trvanie a podmienky delegácie právomoci na Komisiu. Hoci bolo pripravované spoločné prehlásenie o využívaní režimu prijímania delegovaných aktov, toto podrobne nereguluje ani jednu z vyššie spomenutých otázok. Navyše, rozširuje sa rozsah možnosti vetovať návrh Komisie. Nie je potrebné už preukázať jeden z troch stanovených dôvodov, ale Parlament a Rada môžu svoje oprávnenie využiť v akomkoľvek prípade, keď uznajú za vhodné. Navyše, obe inštitúcie nielenže môžu vetovať akýkoľvek jednotlivý návrh, ale taktiež úplne odňať Komisii oprávnenie tieto návrhy podávať. A napokon, najvýraznejšou zmenou je absencia výboru v prípade delegovaných aktov - kontrolu vykonávajú priamo Parlament a Rada.¹⁹

Podľa nového komitologického nariadenia 182/2011/EÚ²⁰ bude regulačný postup s dohľadom nahrádzať len postupne.²¹ Je otázkou, ako tieto nové právomoci Parlament a Rada využijú. S ohľadom na doterajšiu prax inštitúcií a istý "aktivizmus" Parlamentu pri využívaní svojich právomocí²²

17 Vid' Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2010/73/EÚ z 24. novembra 2010, ktorou sa menia a dopĺňajú smernice 2003/71/ES o prospekte, ktorý sa zverejňuje pri verejnej ponuke cenných papierov alebo ich prijatí na obchodovanie, a 2004/109/ES o harmonizácii požiadaviek na transparentnosť v súvislosti s informáciami o emitentoch, ktorých cenné papiere sú prijaté na obchodovanie na regulovanom trhu. Ú. v. L 327, zo dňa 11. decembra 2010, s. 1 - 12.

18 Vid' bližšie ďalší oddiel.

19 Bližšie vid' HARDACRE, A., KAEDING, M. Delegated and Implementing Acts. The new Comitology. Dostupné [online] www.eipa.eu/files/publications/Comitology_Brochure_web.pdf, cit. 13. mája 2011.

20 Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady 182/2011/EÚ, zo 16. februára 2011, ktorým sa ustanovujú pravidlá a všeobecné zásady mechanizmu, na základe ktorého členské štáty kontrolujú vykonávanie vykonávacích právomocí Komisie. Ú. v. L 55, zo dňa 28. februára 2011, s. 13 - 18.

21 Komisia sa vo svojom prehlásení Parlamentu zaviazala do roku 2012 preskúmať nutnosť prechodu na nový režim delegovaných aktov. Prechod by mal byť podľa tohto prehlásenia dokončený do roku 2014. Vid' Vyhlásenie Komisie. Ú. v. L 55, zo dňa 28. februára 2011, s. 19 - 20.

22 Zrovnaj napr. CORBETT, R., JACOBS, F., SHACKLETON, M. The European Parliament. 7th ed. London: John Harper Publishing, 2007. 424 pp. ISBN 978-0-9551144-7-2.

je možné očakávať, že predovšetkým táto inštitúcia ich môže dôsledne využívať, čo môže spôsobiť istú dynamiku a prípadné pnutie v inštitucionálnej štruktúre EÚ. Navyše, pre lobistické skupiny sa tu otvára nový kanál pre presadzovanie svojich záujmov.

5. IMPLEMENTAČNÉ AKTY

Tento typ aktov je prijímaný postupom podľa ust. čl. 291 ZFEÚ Komisiou za kontroly predstaviteľov členských štátov. Podmienkou je, aby bolo nutné "stanoviť jednotné podmienky implementácie právne záväzných aktov Únie", a to na základe právomocí prenesenej v rámci legislatívneho alebo nelegislatívneho delegovaného aktu.²³ Sú teda stanovené podmienky dve:

1. Vykonávanie právne záväzných aktov Únie,
2. Nevyhnutnosť stanovenia jednotných podmienok pre tento výkon.

Výkonné právomoci sú zverené v tomto prípade Komisii, s výnimkou spoločnej zahraničnej a bezpečnostnej politiky, kde sú zverené Rade.²⁴

Deliaca línia aktov v prenesenej právomoci medzi delegované a implementačné akty však nie je úplne ostrá. Je možné predstaviť si existenciu aktu, ktorý bude na strane jednej dopĺňať základný legislatívny akt (byť teda delegovaným aktom), no zároveň bude stanovovať určité jednotné podmienky pre implementáciu tohto základného aktu v členských štátoch (bude teda zároveň aktom implementačným). V takom prípade bude pravdepodobne na rozhodnutí Súdneho dvora EÚ, aby práve teoreticky načrtnutý typ aktu zaradil do systému aktov európskeho práva.

Postupy prijímania implementačných aktov sa riadia novým komitologickým nariadením 182/2011/EÚ, ktoré dňa 14. februára 2011 prijala Rada (ďalej len ako "Nariadenie"). Nariadenie vstúpilo do platnosti 1. marca 2011 a k tomuto dňu v podstate plne nahradilo dovtedy platné komitologické rozhodnutie.²⁵ Práve tu je prvá odlišnosť oproti režimu platnému pred rokom 2011 - pôvodne prijímala komitologické rozhodnutie sama Rada, tento krát musí spolurozhodovať v rámci riadneho legislatívneho postupu s Parlamentom.

²³ Môže ísť napríklad o stanovenie vzoru jednotných formulárov či určenie kontaktných miest v rámci určitej spolupráce, atď.

²⁴ Vid' ust. čl. 291, odst. 2 ZFEÚ.

²⁵ Rozhodnutie Rady 1999/468/ES zo dňa 28. júna 1999 o postupoch pre výkon výkonných právomocí zverených Komisii, v znení rozhodnutia Rady 2006/512/ES zo dňa 17. júla 2006.

Aj keď základom postupov prijímania implementačných aktov zostávajú výbory zložené zo zástupcov členských štátov, došlo v tejto oblasti k významným zmenám. V dôsledku vyššie spomenutých pravidiel pre rozlišovanie delegovaných a implementačných aktov zostane v režime komitológie, resp. implementačných aktov len menšia časť prijímania vykonávacích predpisov k legislatívnym aktom. Zvyšná časť prejde do režimu delegovaných aktov, dochádza tu teda k významnému posunu smerom k zapojeniu "nadnárodných" inštitúcií (Komisia, Parlament) na úkor doterajšieho významného postavenie inštitúcie "medzivládnej" (Rada).

Došlo k tzv. automatickej adaptácii a aj v prípade dovtedy prijatých predpisov boli nahradené komitologické postupy takto:²⁶

- Postup poradný zostal v podstate zachovaný. Nazýva sa naďalej poradným postupom a oproti úprave pred 1. marcom 2011 nastali len minimálne zmeny.
- Postup riadiaci sa stal prieskumným postupom. V prípade žiadneho stanoviska výboru však Komisia bude môcť rozhodnutie prijať. V prípade stanoviska negatívneho bude mať Komisia taktiež možnosť akt prijať, a to za podmienky, že *"jeho neodkladné prijatie je nevyhnutné na pre to, aby nedošlo k značnému narušeniu trhov v oblasti poľnohospodárstva alebo finančných záujmov EÚ"*²⁷
- Postup regulatívny sa stane taktiež prieskumným postupom. Rozdielom však bude, že v prípade negatívneho stanoviska výboru, na ktorý by sa podľa rozhodnutia platného do 28. februára 2011 vzťahoval regulatívny postup, nebude môcť Komisia prijať navrhovaný akt. Bude mať namiesto toho možnosť predložiť rovnakému výboru pozmenený návrh aktu, alebo predloží pôvodný návrh novo konštituovanému tzv. odvolaciemu výboru. Takto v podstate zostávajú zachované základné rysy bývalého regulatívneho postupu.²⁸
- Ochranný postup sa mení na postup prijímania tzv. okamžite použiteľných vykonávacích aktov.²⁹

26 Automatická adaptácia sa nedotkne už začatých postupov, v rámci ktorých niektorý výbor už zaujal stanovisko v súlade s rozhodnutím Rady 1999/468/ES. V tomto prípade sa postupy dokončia podľa režimu platného pred 1. marcom 2011. Aj naďalej zostane použiteľný tzv. regulatívny postup s kontrolou, a to do tej doby, pokiaľ nebudú odkazy v príslušných základných aktoch aktualizované do režimu delegovaných aktov podľa ust. čl. 290 ZFEÚ. Vid' Rozhodnutie Rady 2006/512/ES.

27 Vid' ust. čl. 5b Nariadenia.

28 Vid' ust. čl. 5 odst. 4 rozhodnutia Rady 1999/468/ES.

29 Vid' ust. čl. 8. Nariadenia.

Celkový počet komitologických postupov bude teda na prvý pohľad redukovaný na dva, poradný a prieskumný, a teda bolo by možné konštatovať, že systém sa zjednoduší. S ohľadom na fakt, že regulatívny postup s kontrolou v prechodnom období bude stále platiť a prieskumný postup taktiež obsahuje niekoľko alternatív, je možné vnímať "zjednodušenie" ako iba čisto formálne. Navyše, vznikla úplne nová kategória delegovaných aktov.

Už zmienené okamžité použiteľné vykonávacie akty, spolu s tzv. výnimočnými okolnosťami³⁰ tvoria dve zvláštne možnosti postupu. V prípade prvom môže Komisia prijať opatrenie, ktoré bude použiteľné okamžite, najdlhšie však po dobu šiestich mesiacov. Navyše, musí prijatie tohto opatrenia oznámiť príslušnému výboru, pričom tento ho môže kvalifikovanou väčšinou zrušiť. V prípade výnimočných okolností môže prijať Komisia opatrenie, no musí ho ihneď zaslať odvolaciemu výboru. Opäť aj v tomto prípade je nutné nájsť kvalifikovanú väčšinu, aby bolo prijaté rozhodnutie zrušené.

Hoci úloha Rady bude do istej miery oslabená, bude zriadený nový odvolací výbor. Tento v podstate nahradí úlohu Rady v rámci systému platného do 28. februára 2011. Bude mu predsedáť Komisia a členské štáty v ňom budú zastúpené na zodpovedajúcej úrovni. Otvorenou otázkou do istej miery zostáva zloženie tohto výboru, jeho Jednací poriadok doposiaľ nebol vydaný. V rámci Jednacieho poriadku odvolacieho výboru sa uvádza iba, že *"každý členský štát bude považovaný za jedného člena odvolacieho výboru, pričom každý člen odvolacieho výboru rozhodne o zložení svojej delegácie a informuje o tom predsedu a ostatné členské štáty, aby bola dosiahnutá úroveň reprezentácie na čo najhomogénnejšej úrovni, ktorá je možná. Zloženie každej delegácie bude oznámené predsedovi odvolacieho výboru v primeranom čase, no nie viac než 5 kalendárnych dní pred jednaním odvolacieho výboru."*³¹

Kontrolnú právomoc v rámci novej komitológie však bude mať nielen Rada, ale taktiež aj Parlament, a to v rámci námietky zakotvenej v ust. čl. 11 Nariadenia.³² Navyše, v prípade, ak výbor nevysloví žiadne stanovisko k návrhu Komisie, táto nebude povinná návrh prijať, ale môže ho pozmeniť a

30 Vid' čl. 5b Nariadenia.

31 Vid' ust. čl. 8 Rules of procedure for the appeal committee (Regulation (EU) No 182/2011) adopted by the appeal committee on 29. 03. 2011. Dostupné z [online] <http://ec.europa.eu/transparency/regcomitology/index.cfm?do=List.list>, cit 13. mája 2011.

32 Rada alebo Parlament môžu konštatovať, že Komisia prekračuje právomoci stanovené v základnom akte. Toto oznámenie však nebude právne záväzné a Komisia bude mať povinnosť iba návrh implementačného aktu preskúmať a informovať obe inštitúcie o tom, či svoj návrh ponechá bezo zmien, pozmení alebo úplne vezme späť.

znovu výboru v novom znení predložiť. To umožní o niečo väčšiu flexibilitu.

Významnou novinkou je, že nová komitológia sa bude vzťahovať aj na spoločnú obchodnú politiku. Tá bude podliehať prieskumnému postupu, pričom však pre túto oblasť bude platiť prechodné obdobie v dĺžke 18 mesiacov.³³

6. ZÁVER

Po prijatí Lisabonskej zmluvy došlo k výraznej zmene systému komitológie. V čase spísania príspevku zostávalo však mnoho otázok ešte nevyjasnených.

Vznikajú preto spory medzi inštitúciami. Príkladom môže byť pripravované akty v prípade inštrumentov vonkajšieho financovania, ktoré Parlament považuje za delegované akty, zatiaľ čo Rada za akty implementačné. Podľa Parlamentu fakt, že tieto programy stanovujú priority a ciele pre každú krajinu, na ktorú sa vzťahujú, vyjadrujú (druhotnú) politickú orientáciu, a teda nemôže ísť o implementačné akty.

Problémom je i fakt, že konkrétna povaha všeobecnosti či individuality kritérií či podmienok determinujúcich povahu aktu nemôže byť vždy a priori stanovená a je nutné ju analyzovať ad hoc.

Delegované a implementačné akty nie je ľahké rozlišovať - veľa závisí od politických rozhodnutí, aj keď judikatúra SDEÚ určité vodítka poskytuje. Je možné predpokladať preto vznik politických sporov medzi inštitúciami. Tie by mohli byť riešené nielen súdne, ale taktiež prostredníctvom inštitútu medziinštitucionálnych dohôd.

Celkovo sa systém komitológie stáva o niečo transparentnejším, a to v prípade delegovaných aktov. Na druhej strane, je možné očakávať, že predovšetkým Parlament bude svoje nové právomoci v prípade týchto aktov aktívne využívať a je teda možné očakávať isté pnutia v rámci celého procesu. Navyše, otvára sa nový kanál pre lobbingu. Spoločným pôsobením týchto faktorov sa pravdepodobne celý proces prijímania delegovaných aktov predĺži.

Literatúra:

Primárne zdroje

33 Vid' ust. čl. 2 Nariadenia.

- Common Understanding on delegated acts. Dokument Rady 8640/11, zo dňa 4. apríla 2011
- EUROPEAN PARLIAMENT. Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers. C7-0073/2010.
- Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady 182/2011/EÚ, zo 16. februára 2011, ktorým sa ustanovujú pravidlá a všeobecné zásady mechanizmu, na základe ktorého členské štáty kontrolujú vykonávanie vykonávacích právomocí Komisie. Ú. v. L 55, zo dňa 28. februára 2011, s. 13 - 18.
- Rozhodnutie Rady 1999/468/ES zo dňa 28. júna 1999 o postupoch pre výkon výkonných právomocí zverených Komisií, v znení rozhodnutia Rady 2006/512/ES zo dňa 17. júla 2006. Ú. v. L 200, 22. júla 2006, s. 11 – 13.
- Rozhodnutie SDEÚ vo veci 25/70 Einfuhrund Vorratstelle fuer Getreide vs. Koester.
- Rozhodnutie SDEÚ vo veci C-240/90, Nemecko vs. Komisia.
- Rozhodnutie SDEÚ vo veci C-356/97 Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen EG vs. Hauptzollamt Lindau.
- Rozhodnutie SDEÚ vo veci C-263/02 Komisia v. Jégo-Quéré & Cie SA.
- Rules of procedure for the appeal committee (Regulation (EU) No 182/2011) adopted by the appeal committee on 29. 03. 2011. Dostupné z [online] <http://ec.europa.eu/transparency/regcomitology/index.cfm?do=List.list>, cit 13. mája 2011.
- Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2010/73/EÚ z 24. novembra 2010, ktorou sa menia a dopĺňajú smernice 2003/71/ES o prospekte, ktorý sa zverejňuje pri verejnej ponuke cenných papierov alebo ich prijatí na obchodovanie, a 2004/109/ES o harmonizácii požiadaviek na transparentnosť v súvislosti s informáciami o emitentoch, ktorých cenné

papiere sú prijaté na obchodovanie na regulovanom trhu. Ú. v. L 327, zo dňa 11. decembra 2010, s. 1 - 12.

- Vyhlásenie Komisie. Ú. v. L 55, zo dňa 28. februára 2011, s. 19 - 20.
- Zmluva o fungovaní Európskej únie. Ú. v. C 115 zo dňa 9. mája 2008, s. 1 an.
- Zmluva o Európskej únii. Ú. v. C 115 zo dňa 9. mája 2008, s. 1 an.

Sekundárne zdroje

- BLAHUŠIAK I. Changes in 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. 12 pp. ISBN 978-80-210-4430-2, s. 900-912.
- BLAHUŠIAK I. Medziinštitucionálne dohody v práve Európskej únie po prijatí Lisabonskej zmluvy. In: CD příspěvků z mezinárodní konference MEKON 2010. 1. vyd. Ostrava: Vysoká škola báňská - Technická univerzita, 2010. 12 pp. ISBN 978-80-248-2165-8.
- BLAHUŠIAK, I. Access of Citizens to the Court of Justice: The Role of Regulatory Acts. In: Dny práva – 2010 – Days of Law, The conference proceedings. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2010. 22 pp. ISBN 978-80-210-5305-2.
- CORBETT, R., JACOBS, F., SHACKLETON, M. The European Parliament. 7th ed. London: John Harper Publishing, 2007. 424 pp. ISBN 978-0-9551144-7-2.
- CHRISTIANSEN, T., OETTEL, J. M., VACCARI, B. (2009) (eds.). 21st Century Comitology: Implementing Committees in the Enlarged European Union. Dostupné [online] <http://publications.eipa.eu/en/details/show/=1832>, cit. 13. mája 2011.
- HARDACRE, A. New comitology: Key developments to keep an eye on. Dostupné [online] <http://www.euractiv.com/en/future-eu/new->

comitology-key-developments-keep-eye-analysis-504350, cit. 13. mája 2011.

- HARDACRE, A., KAEDING, M. Delegated and Implementing Acts. The new Comitology. Dostupné [online] www.eipa.eu/files/publications/Comitology_Brochure_web.pdf, cit. 13. mája 2011.
- RITTBERGER B. Building Europe's Parliament. 1st ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. 234 pp. ISBN 0-19-927342-1.

Contact – email

igor.blahusiak@gmail.com

TRESTNĚPRÁVNÍ ALTERNATIVY V PRÁVNÍCH NÁSTROJÍCH OSN A RADY EVROPY

LUCIE BOLEDOVIČOVÁ

Katedra trestního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá analýzou právních nástrojů, které vybrané mezinárodní organizace používají v oblasti trestního práva. Analýza je zaměřena zejména na právní nástroje, které se určitým způsobem dotýkají problematiky trestněprávních alternativ a konceptu restorativní justice (mezinárodní smlouvy, rezoluce a doporučení). Její součástí je rovněž vzájemné srovnání těchto právních nástrojů napříč vybranými organizacemi. Kritériem výběru mezinárodních organizací (OSN a Rady Evropy) je členství České republiky v nich a faktická existence zkoumané úpravy.

Key words in original language

Trestněprávní alternativy, restorativní justice, OSN, Rada Evropy, mezinárodní smlouva, rezoluce, doporučení.

Abstract

This paper deals with analysis of the legal instruments used by selected international organizations in the field of criminal law. The analysis focuses mainly on the legal instruments which are concerned with the alternatives to traditional criminal justice and with the concept of restorative justice (international treaties, resolutions and recommendations). It also encompasses a comparison of the analyzed legal instruments across the organizations. The criterion for selection of the international organizations (UN and Council of Europe) is the membership of Czech Republic and the existence of the examined regulation.

Key words

Alternatives to traditional criminal justice, restorative justice, UN, Council of Europe, international treaty, resolution, recommendation.

1. ÚVOD

Jak už vyplývá z názvu tohoto příspěvku, věnuje se způsobu uchopení trestněprávních alternativ v právních nástrojích Organizace spojených národů a Rady Evropy. Jeho cílem je objasnění přístupu těchto mezinárodních organizací, jejichž členem je i Česká republika, k uplatňování trestněprávních alternativ, potažmo k aplikaci konceptu restorativní justice. V souvislosti s tím budou nastíněny vlivy

mezinárodního právního prostředí na vnitrostátní legislativu (v oblasti trestního práva). K dosažení stanoveného cíle budou využity metoda analýzy a metoda komparace.

Nejprve bude ve stručnosti vysvětlen pojem „trestněprávní alternativy“ a podstata konceptu restorativní justice. Poté budou postupně představeny obě mezinárodní organizace. Další kapitola v obecnosti uvede druhy právních nástrojů, využívané OSN a Radou Evropy k harmonizaci trestního práva jejich členských států, a jejich povahu coby pramene mezinárodního práva. V podkapitolách pak bude nastíněn obsah vybraných právních nástrojů, vztahujících se k trestněprávním alternativám, potažmo ke konceptu restorativní justice.

2. TRESTNĚPRÁVNÍ ALTERNATIVY

Jako trestněprávní alternativy jsou v trestněprávní teorii označovány alternativní způsoby řešení trestních věcí, realizované jednak v rámci systému trestního práva (hmotného a procesního), jednak mimo něj. Mezi hmotněprávní alternativy patří alternativy k potrestání a alternativní tresty (k tradičnímu nepodmíněnému trestu odnětí svobody). Za procesněprávní alternativy jsou považovány tzv. odklony od standardního trestního řízení – v českém trestním řádu se jedná o podmíněné zastavení trestního stíhání, o narovnání a o trestní příkaz. S těmito instituty pak úzce souvisí zastavení trestního stíhání a odložení věci v případech, kdy je k trestnímu stíhání třeba souhlasu poškozeného (§ 163 a § 163a trestního řádu¹), který jej dát odmítne nebo jej vezme zpět, a dále účast poškozeného v trestním řízení a náhrada škody poškozenému.² Mimo systém trestního práva je jako alternativní postup řešení trestních věcí uplatňována mediaci. Trestněprávní alternativy (a obzvláště mediaci) úzce souvisí s rozšířením konceptu tzv. restorativní justice neboli obnovující trestní spravedlnosti.

2.1 RESTORATIVNÍ JUSTICE

Ke konceptualizaci pojmu restorativní justice přispěli koncem 80. let a v průběhu 90. let 20. století nejvíce američtí autoři. K faktickému uplatňování praktik, spojených s restorativní justicí, docházelo však ve Spojených státech a v Kanadě již během 70. let (např. byly zaváděny

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

² Srov. Solotář, A., Púry, F., Šámal, P. *Alternativní řešení trestních věcí v praxi*. Praha : C. H. Beck, 2000, s. 33-36.

mediační programy a zakládány příslušné mediační instituce).³ Těmto praktikám dokonce předcházely zvyky a tradice původních obyvatel Nového Zélandu (Maorů) nebo indiánských kmenů v USA.⁴ Duchovní kořeny restorativní justice jsou podle obhájců tohoto konceptu ukotveny v hlavních světových náboženstvích (v křesťanství, židovství, hinduismu, buddhismu či islámu).

Existuje řada definic pojmu restorativní justice, například B. Galaway a J. Hudson definují tři hlavní prvky restorativní justice: zaprvé, na trestný čin je nahlíženo jako na konflikt mezi jednotlivci, jehož důsledkem je způsobení újmy oběti, komunitě i pachateli, zadruhé, cílem procesu trestní spravedlnosti by mělo být nastolení klidu a pokoje v rámci komunity prostřednictvím smíření stran a nahrazení způsobených škod a za třetí, proces trestní spravedlnosti by měl za účelem nalezení řešení konfliktu usnadnit aktivní participaci obětí, pachatelů a jejich komunit.⁵

H. Zehr definuje pojem restorativní justice v kontrastu k pojmu retributivní justice tak, že trestný čin je v rámci retributivní justice považován za útok na stát. Justice pak v boji mezi pachatelem a státem, řízeným systematickými pravidly, rozhoduje o vině a ukládá trest. Kdežto v rámci restorativní justice je trestný čin chápán jako útok na lidi a mezilidské vztahy, který zakládá vznik závazku k jejich nápravě. Do hledání řešení směřujícího k nápravě, usmíření a útěše jsou zahrnuti pachatel, oběť i komunita.⁶

Smyslem konceptu restorativní justice je tedy obnovení trestným činem narušeného sociálního vztahu mezi pachatelem, obětí a dotčeným společenstvím (komunitou).⁷ Na rozdíl od konceptu retributivní justice (odplatné trestní spravedlnosti), který trestní spravedlnost vnímá ve smyslu adversárního vztahu mezi státem a obviněným, přehlízejícího zájmy

³ Srov. McCold, P. „The recent history of restorative justice: mediation, circles, and conferencing.“ In: *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*. Ed. Sullivan, D., Tifft, L. London : Routledge, 2008, p. 23-51; Válková, H., Sotolář, A. „Restorativní justice – trestní politika pro 21. století?“ *Trestní právo*. 2000, roč. 5, č. 1, s. 4-11.

⁴ Kuchta, J., Válková, H. a kol. *Základy kriminologie a trestní politiky*. Praha : C. H. Beck, 2005, s. 180.

⁵ Galaway, B., Hudson, J. *Criminal Justice, Restitution and Reconciliation*. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1990, p. 2. Tuto a další definice pojmu restorativní justice (včetně jejich zdrojů) lze nalézt na stránce *Restorative Justice Online: Lesson 1: Definition* [online]. © 1996 – 2010 [cit. 1. 1. 2011]. Dostupné z: <http://www.restorativejustice.org/university-classroom/01introduction/tutorial-introduction-to-restorative-justice/lesson-1-definition/lesson-1-definition>. Pozn.: volný překlad autorky.

⁶ Zehr, H. *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*. Scottsdale : Herald press, 1990, p. 181. Pozn.: volný překlad autorky.

⁷ Srov. Válková, H., Sotolář, A. „Restorativní justice – trestní politika pro 21. století?“ *Trestní právo*. 2000, roč. 5, č. 1, s. 6.

poškozeného, klade koncept restorativní justice (jak vyplývá z výše představených definic) důraz na pojetí trestného činu jakožto poškození jiného jednotlivce či více jednotlivců (obět' trestného činu), které má dopad na lidské společenství v užším (komunita, rodina) i v širším (společnost tvořící stát) slova smyslu. Význam je přikládán mechanismům a procesům, díky nimž si pachatel uvědomí vlastní vinu a z ní vyplývající důsledky a rovněž vyvodí osobní odpovědnost za nápravu způsobených škod.⁸ Vedlejším cílem této koncepce je snížení recidivy, a tím i prevence kriminality.

3. ORGANIZACE SPOJENÝCH NÁRODŮ

OSN je mezinárodní organizací globálního charakteru, jejímž hlavním cílem je udržování mezinárodního míru a bezpečnosti, ale rovněž spolupráce jejích členských států při řešení mezinárodních ekonomických, sociálních, kulturních a humanitárních otázek a podpoře základních lidských práv a svobod. Jejím ustavujícím dokumentem je Charta OSN, která v čl. 7 jako hlavní orgány OSN zřídila Valné shromáždění, v němž má každý z členů této organizace své zastoupení, dále Radu bezpečnosti (orgán mající základní odpovědnost za udržování mezinárodního míru a bezpečnosti), Hospodářskou a sociální radu (orgán pro koordinaci hospodářské a sociální činnosti OSN a specializovaných přidružených organizací), Poručenskou radu, Mezinárodní soudní dvůr a Sekretariát.

Mezi témata, jimž OSN věnuje svou pozornost, patří i téma prevence kriminality. Již od roku 1955 se proto každých pět let koná kongres OSN o prevenci zločinnosti a zacházení s pachateli,⁹ který má zajistit výměnu informací a praktických zkušeností mezi jeho účastníky. Těmi jsou tradičně zástupci vlád, mezivládních a nevládních organizací, organizačních jednotek OSN i jednotlivci z řad expertů, akademiků a jiných odborníků na poli prevence kriminality a trestní justice.¹⁰

V návaznosti na kongres konaný roku 1970 byl roku 1971 založen Výbor pro prevenci zločinnosti a kontrolu, který byl roku 1991 nahrazen Komisí pro prevenci zločinnosti a trestní justici. Komise byla založena jako podpůrný orgán Hospodářské a sociální rady, aby rozvíjela, monitorovala a dohlížela na implementaci programu OSN pro prevenci zločinnosti a trestní

⁸ Solotář, A., Púry, F., Šámal, P. *Alternativní řešení trestních věcí v praxi*. Praha : C. H. Beck, 2000, s. 9-12.

⁹ Od kongresu konaného roku 2005 zní jeho název takto: kongres o prevenci zločinnosti a trestní justice.

¹⁰ UNODC: *The Eleventh Crime Congress* [online]. © 2011 [cit. 6. 1. 2011]. Dostupné z: <http://www.unodc.org/unodc/en/crime-congress/crime-congress-11-long.html>.

justici a usnadnila koordinaci činností institutů OSN pro prevenci zločinnosti a zacházení s pachateli.¹¹ Dalším významným orgánem OSN, který působí v oblasti prevence kriminality, je Úřad pro drogy a kriminalitu (*United Nations Office on Drugs and Crime*, UNODC), založený roku 1997 spojením Programu OSN pro kontrolu drog a Centra pro mezinárodní prevenci zločinnosti. UNODC disponuje sítí kanceláří ve všech částech světa a jeho úkolem je pomáhat členským státům OSN v jejich boji s ilegálními drogami, zločinností a terorismem.¹²

4. RADA EVROPY

Rada Evropy je mezinárodní organizací, která působí v evropském regionu a která se zaměřuje na ochranu lidských práv, parlamentní demokracie a zákonnosti. Podle jejího ustavujícího dokumentu, Statutu Rady Evropy (dále jen Statut), jsou jejími orgány Výbor ministrů, složený z ministrů zahraničních věcí všech členských států, a Parlamentní shromáždění (dříve nazývané jako Poradní shromáždění), poradní orgán, do nějž každý stát vysílá stanovený počet delegátů.

Cílem této mezinárodní organizace je dle čl. 1 Statutu dosažení větší jednoty mezi jejími členskými státy za účelem zabezpečení a realizace ideálů a principů společných všem členským státům. Snaha o harmonizaci právních řádů členských států Rady Evropy se projevuje i v oblasti trestního práva, neboť stejně jako OSN i Rada Evropy svádí boj s kriminalitou, která ohrožuje principy a ideály, o jejichž ochranu Rada Evropy usiluje.

Podobně jako v OSN, i v Radě Evropy působí specializovaný orgán, který koordinuje a dohlíží nad činnostmi Rady Evropy v oblasti prevence a kontroly kriminality. Jedná se o Evropský výbor pro trestněprávní problematiku (*European Committee on Crime Problems*, CDPC), založený roku 1958. Mezi úkoly CDPC patří např. vypracovávání úmluv, dohod, doporučení a zpráv nebo organizování konferencí týkajících se kriminologického výzkumu.¹³

¹¹ UNODC: *The Commission on Crime Prevention and Criminal Justice* [online]. © 2011 [cit. 6. 1. 2011]. Dostupné z: <http://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/index.html>. K programu OSN pro prevenci zločinnosti a trestní justicii a úkolům Komise pro prevenci zločinnosti a trestní justici blíže v rezoluci Valného shromáždění A/RES/46/152 ze dne 18. prosince 1991.

¹² UNODC: *About UNODC* [online]. © 2011 [cit. 6. 1. 2011]. Dostupné z: <http://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/index.html?ref=menutop>.

¹³ Council of Europe: *About the European Committee on Crime Problems* [online]. © 2011 [cit. 8. 1. 2011]. Dostupné z: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/CDPC_en.asp.

5. PRÁVNÍ NÁSTROJE OSN A RADY EVROPY

K harmonizaci trestního práva členských států využívá OSN i Rada Evropy v první řadě mezinárodní smlouvy. Jedná se často o mezinárodní smlouvy, v nichž se státy dohodly na kriminalizaci určitých jednání, nebo které upravují postupy při stíhání a trestání trestných činů státy, nebo také o smlouvy, jejichž předmětem úpravy je mezinárodní justiční spolupráce států v trestních věcech.¹⁴ Tyto smlouvy většinou nejsou přímo aplikovatelné v rámci českého vnitrostátního práva (tj. nejsou self-executing), neboť v první řadě ukládají povinnosti státům, nikoliv jednotlivcům. Jejich normativní obsah proto musí být zákonodárcem promítnut do českých trestněprávních předpisů.

Četněji než za pomoci mezinárodních smluv, o jejichž povaze jakožto pramene mezinárodního práva není pochyb, se ale OSN a Rada Evropy snaží o harmonizaci v oblasti trestního práva (a trestněprávních alternativ obzvláště) prostřednictvím aktů vydávaných jejich orgány. Otázkou však je, zda mohou být akty mezinárodních organizací (resp. orgánů mezinárodních organizací), jakými jsou např. rezoluce nebo doporučení, v nichž můžeme nejčastěji nalézt odpověď na otázku přístupu dané mezinárodní organizace k alternativnímu řešení trestních věcí, považovány za pramen mezinárodního práva. Malenovský k tomu uvádí, že „nelze potvrdit, že by bylo takové akty možno označit za samostatný pramen současného mezinárodního práva (...) akty, jimiž se mezinárodní organizace obracejí na své členy, případně i nečleny, jsou právně nezávaznými doporučeními. (...) Doporučující (nezávazný) charakter aktů mezinárodních organizací ovšem nevyklučuje, aby tyto akty vyvolávaly určité dílčí právní následky (...) tzv. soft law (...)“.¹⁵

5.1 MEZINÁRODNÍ SMLOUVY

Ve vztahu k boji s kriminalitou byly členskými státy OSN uzavřeny dvě mezinárodní smlouvy, dotýkající se okrajově i trestněprávních alternativ. V první řadě se jedná o **Úmluvu proti nadnárodnímu organizovanému zločinu** (platnou od roku 2003), doplněnou třemi Protokoly, které se zaměřují na zvláštní oblasti organizovaného zločinu – na obchod s lidmi (zejména se ženami a dětmi), na pašování přistěhovalců a na nelegální

¹⁴ Takové mezinárodní smlouvy tvoří odvětví mezinárodního práva, nazývané jako mezinárodní právo trestní. K pojmovému vymezení vztahu mezinárodního a trestního práva viz Šturma, P. *Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva*. Praha : Karolinum, 2002, s. 36-37.

¹⁵ Malenovský, J. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2008, s. 214-216.

výrobu a obchod se střelnými zbraněmi. Druhou ze zmiňovaných úmluv je **Úmluva proti korupci** (platná od roku 2005). Česká republika podepsala obě smlouvy a první dva dodatečné Protokoly k Úmluvě proti nadnárodnímu organizovanému zločinu, dosud ale ani jeden z těchto dokumentů neratifikovala.

Co do obsahu, obě mezinárodní smlouvy zavazují smluvní státy ke kriminalizaci určitých úmyslných jednání (u některých alespoň ke zvážení jejich kriminalizace) a k přijetí opatření umožňujících konfiskaci výnosů z trestných činů, vymezených v těchto úmluvách, nebo majetku odpovídajícího jejich hodnotě a zabavení majetku či nástrojů, určených pro spáchání těchto trestných činů. Dále smlouvy upravují například různé formy mezinárodní justiční spolupráce mezi smluvními státy a Úmluva proti nadnárodnímu organizovanému zločinu navíc zavazuje státy k zavedení náležité procedury pro odškodnění a restituci obětí těchto trestných činů.

Mezinárodní smlouvy s obdobnou tematikou byly uzavřeny rovněž členskými státy Rady Evropy, například **Úmluva o praní, vyhledávání, zadržování a konfiskaci výnosů ze zločinu** (platná od roku 1993) nebo **Trestněprávní úmluva o korupci** (vstup v platnost roku 2002). Česká republika ratifikovala obě jmenované smlouvy. Ochrany obětí trestné činnosti se pak dotýká např. **Úmluva o boji proti obchodování s lidmi** (platná od roku 2008). Česká republika není v současné době jejím signatářem. Tyto tři smlouvy mají podobně jako výše uvedené úmluvy OSN vztah k některým alternativním trestům. Ve všech těchto třech úmluvách se totiž jejich signatáři dohodli na postihování trestných činů v nich uvedených konfiskací neboli zabavením majetku (prostředků ke spáchání trestného činu a výnosů z něj nebo majetku tomu odpovídající hodnoty).

V rámci českého trestního zákoníku by této sankci mohl odpovídat trest propadnutí věci nebo jiné majetkové hodnoty, a to např. ve spojení s trestným činem legalizace výnosů z trestné činnosti - § 216, § 217 TZ, nebo trest propadnutí majetku, případně i ochranné opatření zabránění věci nebo jiné majetkové hodnoty. Aby výše zmíněné tresty mohly plnit povahu trestů alternativních k trestu odnětí svobody, nesměly by být uloženy vedle něj. Jejich samostatné uložení je ale téměř nemožné v případě trestných činů týkajících se korupce (§§ 331, 332 a 333 TZ) – výslovně je připuštěno pouze uložení trestu propadnutí majetku, a to až v kvalifikovaných skutkových podstatách (§ 331 odst. 3, § 332 odst. 2 TZ).

K alternativním způsobům řešení trestních věcí má z mezinárodních smluv Rady Evropy zřejmě nejbližší **Evropská úmluva o odškodňování obětí násilných trestných činů** (přijata roku 1983 a platná od roku 1988).¹⁶

¹⁶ Předchůdcem této úmluvy byla rezoluce Výboru ministrů (77) 27 o odškodnění obětí trestných činů.

Úmluva byla sice Českou republikou ratifikována až roku 2000, již v roce 1997 byl ale českým Parlamentem přijat zákon č. 209/1997 Sb., o poskytnutí peněžité pomoci obětem trestné činnosti, který znění této mezinárodní smlouvy adaptoval. Úmluva státy zavazuje přispět k odškodnění obětí úmyslných násilných trestných činů, které utrpěly vážnou újmu na zdraví, nebo osob na nich závislých (v případě smrti této oběti), pokud není možné, aby odškodnění poskytl sám pachatel (není znám nebo nemá finanční prostředky). Odškodnění by mělo zahrnovat minimálně ztrátu na výdělku, výdaje spojené s léčením a s pohřbem a u osob závislých ztrátu na výživě. Odškodnění by měl poskytnout ten stát, na jehož území byl trestný čin spáchán.

S ukládáním alternativních trestů pak přímo souvisí **Evropská úmluva o dohledu nad podmíněně odsouzenými a podmíněně propuštěnými pachateli** (podepsaná 3. 11. 1964, platná až od 22. 8. 1975), v níž se její smluvní státy dohodly na pravidlech spolupráce (provedení dohledu, výkonu či kompletní aplikace trestu) pro případy, kdyby byl pachatel podmíněně odsouzen nebo podmíněně propuštěn z výkonu trestu odnětí svobody (včetně podmíněného upuštění od potrestání) na území jednoho smluvního státu, ale pobyt by měl v jiném smluvním státě. Česká republika tuto úmluvu ratifikovala.

5.2 REZOLUCE A DOPORUČENÍ

O postoji OSN a Rady Evropy ke konceptu restorativní justice a k trestněprávním alternativám však nejvíce vypovídají akty aplikace mezinárodního práva, vydávané jejich orgány. V případě OSN se jedná o rezoluce Valného shromáždění, jejichž obsahem jsou deklarace standardů či základních principů.¹⁷ Tyto deklarace jsou spolu s dalšími deklaracemi a směrnicemi přehledně uspořádány v **Souhrnu standardů a norem OSN týkajících se prevence zločinnosti a trestní justice** (Compendium of United Nations Standards and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice).

Zřejmě nejvýznamnějšími jsou rezoluce Valného shromáždění přijaté po konání sedmého kongresu – **Standardní minimální pravidla pro výkon soudnictví ve věcech mládeže** (Pekingská pravidla)¹⁸ a **Deklarace o základních principech spravedlnosti ohledně obětí trestného činu a**

¹⁷ Tyto deklarace vznikly původně jako výstupy kongresů o prevenci zločinnosti a zacházení s pachateli a poté byly schváleny Valným shromážděním ve formě rezoluce.

¹⁸ *The United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (the Beijing Rules)*. Rezoluce Valného shromáždění A/RES/40/33 ze dne 29. listopadu 1985.

obětí zneužití moci¹⁹ – a rezoluce přijatá po konání osmého kongresu – **Standardní minimální pravidla pro opatření nespojená s odnětím svobody (Tokijská pravidla)²⁰**.

Pekingská pravidla jsou zaměřena na mládež jako pachatele trestné činnosti. Doporučení v nich stanovená směřují k potřebě upřednostňování odklonů od formálního trestního řízení (ve kterémkoliv jeho stádiu a v případech, kde je to vhodné) a alternativních sankčních opatření (nařízení péče, vedení a dohledu, probace, peněžité opatření, odškodnění a restituce, obecně prospěšné práce, nařízení pěstounské péče apod.).

Druhá deklarace doporučuje státům ve vztahu k obětem trestných činů (jejich rodinám a osobám na nich závislým) zavedení restituce jako další trestní sankce, ukládané ve vhodných případech pachatelům trestných činů. Restituce by měla spočívat v navrácení majetku nebo uhrazení vzniklé újmy nebo ztráty, v uhrazení nákladů vzniklých jako důsledek viktimizace, v poskytnutí služeb a v obnovení práv.

Tokijská pravidla vyzývají státy k zavádění alternativních trestů k trestu odnětí svobody (např. verbální sankce, podmíněné propuštění, peněžité tresty, restituce nebo odškodnění obětí, probace, domácí vězení), alternativ k potrestání i alternativních postupů mimo formální trestní řízení. Při implementaci tokijských pravidel by se státy měly snažit o zajištění rovnováhy mezi právy jednotlivých pachatelů, právy obětí a zájmem společnosti na veřejné bezpečnosti a prevenci kriminality.

Koncepce restorativní justice se dotýká rovněž rezoluce Hospodářské a sociální rady z roku 2002 s názvem **Základní principy ohledně použití programů restorativní justice v trestních věcech** (*Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*).²¹ Tato rezoluce obsahuje doporučení vzhledem k podmínkám, za kterých by měly být programy restorativní spravedlnosti používány (např. dostatek důkazů k obvinění pachatele, souhlas pachatele i obětí). O program restorativní justice se přitom jedná, pokud dochází k využití restorativního procesu (např. mediace, konciliace, konference, kruhy) a pokud se snaží o dosažení restorativního výsledku (např. reparace, restituce, obecně prospěšné práce). Rezoluce rovněž stanovuje pravidla a právní záruky pro aplikaci programů.

Co se týče Rady Evropy, nejvýznamnějšími jsou akty aplikace mezinárodního práva vydávané Výborem ministrů jakožto orgánem

¹⁹ *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*. Rezoluce Valného shromáždění A/RES/40/34 ze dne 29. listopadu 1985.

²⁰ *The United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures (the Tokyo Rules)*. Rezoluce Valného shromáždění A/RES/45/110 ze dne 14. prosince 1990.

²¹ Rezoluce Hospodářské a sociální rady č. 2002/12 ze dne 24. července 2002.

s rozhodovací pravomocí. Výbor ministrů má na základě čl. 15 písm. b Statutu pravomoc vydávat doporučení, směřující k vládám členských států Rady Evropy. Do roku 1979 měla tato doporučení formu rezoluce, proto byla jedním z prvních aktů týkajících se trestněprávních alternativ **rezoluce (65) 1 o odkladu trestu, probaci a jiných alternativách k trestu odnětí svobody** (ze dne 22. ledna 1965).

V této rezoluci Výbor ministrů doporučoval členským státům, aby uzákonily možnost soudu ukládat prvopachatelům, kteří nespáchali zvlášť závažný trestný čin, tresty alternativní k trestu odnětí svobody nebo podmíněná opatření (alternativy k jeho výkonu) jako např. odklad trestu (*suspended sentence*)²² nebo nařízení probace (*probation order*). Dále obsahoval doporučení k rozšíření možností použití dohledu a podobných opatření a k zakotvení dalších opatření, nespočívajících v uvěznění pachatele.

Na tuto rezoluci (i na Evropskou úmluvu o dohledu nad podmíněně odsouzenými a podmíněně propuštěnými pachateli) navázala **rezoluce (70) 1 o praktické organizaci opatření týkajících se dohledu a následné péče o podmíněně odsouzené nebo podmíněně propuštěné pachatele** (ze dne 26. ledna 1970), obsahující obecné principy pro používání podmíněných opatření. O šest let později přijal Výbor ministrů **rezoluci (76) 10 o určitých alternativních trestních opatřeních k trestu odnětí svobody** (ze dne 9. března 1976), v níž doporučoval státům zavedení nových alternativních opatření a rozšíření využití těch stávajících. Zmiňovány jsou v ní například nové metody probace nebo pokuty, které by měly být přizpůsobeny finančním možnostem pachatele a vybírány tak, aby nedocházelo k ukládání náhradního trestu odnětí svobody. Dále jsou zde jako možná alternativní trestní opatření uváděna různá omezení práv (např. odebrání řidičského průkazu), zabavení majetku jako samostatný alternativní trest, práce prospěšné pro společnost (*community work*) a částečná detence (*semi-detention*). Na zvážení bylo státům dáno rovněž zavedení alternativ k potrestání (vyslovení viny, ale neuložení trestu).

O tom, že je Rada Evropy stejně jako OSN zastánkyní konceptu restorativní spravedlnosti, svědčí rovněž **doporučení Výboru ministrů č. R (83) 7 o spoluúčasti veřejnosti na trestní politice** (ze dne 23. června 1983). Výbor ministrů v tomto doporučení klade důraz na společné principy trestní politiky členských států, která by měla směřovat k prevenci kriminality, podpoře alternativních trestů, znovuzачlenění pachatelů do společnosti a obstarání pomoci obětem. K tomu všemu je však zapotřebí souhlasného postoje veřejnosti, nebo dokonce její aktivní participace, proto by veřejnost měla být řádně informována o kriminalitě a trestní justici.

²² Lze přeložit rovněž jako podmíněné odsouzení.

Za účelem posílení postavení obětí trestných činů v rámci systému trestní justice a v návaznosti na Evropskou úmluvu o odškodňování obětí násilných trestných činů vydal Výbor ministrů dne 28. června 1985 **doporučení č. R (85) 11 o postavení obětí v rámci trestního práva a řízení**.²³ Zdůrazňována je v něm zejména nutnost informování obětí (o průběhu trestního řízení, o možnostech získání pomoci a odškodnění) a vhodného chování k obětem, to vše jak ve stádiu přípravném, tak ve stádiu řízení před soudem.

Odklonům od příliš formálního trestního řízení se jako jedné z možností odlehčení práce soudů a snížení délky trestního řízení²⁴ věnuje **doporučení Výboru ministrů č. R (87) 18 týkající se zjednodušení trestního řízení** (ze dne 17. září 1987). Zvláště pro pachatele méně závažných trestných činů je navrhováno zavedení mimosoudního vypořádání (*out-of-court settlement*), které může spočívat v zaplacení určité peněžité částky státu nebo instituci veřejné či charitativní povahy, v navrácení výhod získaných spácháním trestného činu nebo v odškodnění oběti trestného činu. Doporučováno je rovněž zavedení zjednodušeného písemného řízení, skončeného vydáním trestního příkazu. Toto doporučení Česká republika implementovala v letech 1993 a 1995, kdy byly přijaty novely trestního řádu, zavádějící do něj institut podmíněného zastavení trestního stíhání a trestního příkazu (1993) a narovnání (1995).

Významným doporučením vztahujícím se k alternativním trestům je pak **doporučení č. R (92) 16 k Evropským pravidlům v oblasti komunitních sankcí a opatření** (ze dne 19. října 1992)²⁵ a na něj navazující **doporučení Rec (2000) 22 ke zdokonalování implementace Evropských pravidel v oblasti komunitních sankcí a opatření** (ze dne 29. listopadu 2000), vypracované na základě odborníky provedené kontroly uplatňování Evropských pravidel v členských státech.²⁶ Doporučení z roku 1992 obsahuje výčet 90 pravidel pro účinnou aplikaci komunitních sankcí a opatření, jež jsou široce definována jako sankce a opatření, která sice

²³ Toto doporučení pak doplňují doporučení č. R (87) 21 o pomoci obětem a prevenci viktimizace (ze dne 17. září 1987) a doporučení Rec (2006) 8 o pomoci obětem trestných činů (ze dne 14. června 2006).

²⁴ Jako další možnosti jsou uváděny: rozšíření aplikace principu diskreční pravomoci (nebo alespoň opatření se sledujících tentýž účel) a zjednodušení běžných postupů soudu (jak ve stádiu předcházejícím hlavnímu líčení, tak při hlavním líčení).

²⁵ Evropská pravidla jsou zaměřena jen na dospělé pachatele, ve vztahu k mladistvým pachatelům vydal Výbor ministrů doporučení CM/REC (2008) 11 o Evropských pravidlech pro mladistvé pachatele podrobené sankcím a opatřením (ze dne 5. listopadu 2008), viz níže.

²⁶ Z dalších doporučení, která kladou důraz na vnímání trestu odnětí svobody (a zbavení svobody obecně) jako poslední možnosti a která upřednostňují ukládání alternativních trestů a opatření, lze jmenovat doporučení č. R (92) 17 týkající se konzistence v trestání nebo doporučení č. R (99) 22 týkající se přelidnění věznic a inflace vězeňské populace.

ponechávají pachatele ve společnosti, avšak prostřednictvím uložených podmínek a/nebo povinností zahrnují určité omezení jeho svobody. Sankce přitom mohou být ukládány soudy či soudci a opatření mohou být přijata před nebo namísto rozhodnutí o sankci.

Pravidla směřují k zajištění zákonnosti zakotvení a uplatňování těchto sankcí a opatření, k poskytování soudních záruk (např. jejich ukládání a rušení jen soudním orgánem, právo stížnosti) a k respektování základních práv (zejm. zákaz diskriminace). Vyžadován je informovaný souhlas a spolupráce pachatele a rovněž zabezpečení účasti komunity. Pravidla dále upravují podmínky ukládání komunitních sankcí a opatření (důraz na jejich smysluplnost, individualizaci, dohled a kontrolu), následky jejich nedodržování a pobídku k výzkumu a hodnocení jejich fungování.

Doporučení ke zdokonalování implementace Evropských pravidel z roku 2000 čítá celkem 29 zásad pro dosažení účinnějšího využití komunitních sankcí a opatření. Jsou v něm uvedeny příklady komunitních sankcí a opatření, umožňující jejich bližší definiční vymezení: alternativy vazby ve fázi přípravného řízení, probace jako samostatná sankce, odklad výkonu trestu odnětí svobody s uloženými podmínkami, obecně prospěšné práce, odškodnění oběti, nařízení léčby, intenzivní dohled, omezení svobody pohybu, podmíněné propuštění s dohledem²⁷. Vyzdvihována je nutnost zlepšení důvěryhodnosti a informovanosti o komunitních sankcích a opatřeních jak mezi soudními orgány, tak i mezi veřejností a politiky.

Dalším významným doporučením, které se vztahuje k alternativním způsobům řešení trestních věcí, je **doporučení č. R (99) 19 ohledně mediace v trestních věcech** (ze dne 15. září 1999). Výbor ministrů v něm zdůrazňuje potřebu zvýšení aktivní osobní účasti oběti, pachatele, dalších osob ovlivněných spáchaným trestným činem a celé komunity v rámci trestního řízení. Mediace je zde definována jako proces, kdy je oběti a pachateli umožněno aktivně se účastnit na řešení věcí vyplývajících ze spáchání trestného činu za pomoci třetí nestranné osoby – mediátora. Vyžadován je svobodný souhlas oběti i pachatele, který může být vzat kdykoliv zpět. Mediace by měla být obecně dostupnou službou, realizovatelnou ve všech stádiích trestního řízení, a to jako proces doplňující tradiční trestní řízení nebo jako alternativa k němu. Výsledkem mediace by měla být dohoda stran, mající účinky soudního rozhodnutí (kvůli uplatnění zásady *ne bis in idem*). K částečné implementaci tohoto doporučení došlo v České republice v roce 2000 přijetím zákona o Probační a mediační službě.

²⁷ Podmíněnému propuštění s dohledem se blíže věnuje doporučení Rec (2003) 22 k podmíněnému propuštění s dohledem (parole).

Zatím posledním doporučením Výboru ministrů, majícím blízký vztah k alternativním trestům, je **doporučení CM/Rec (2010) 1 k Probačním pravidlům Rady Evropy** (ze dne 20. ledna 2010), jehož obsahem je návod ke zřízení a správnému fungování probačních agentur či obdobných organizací. Probace je v tomto doporučení široce definována jakožto implementace sankcí a opatření, vymezených zákonem a uložených pachateli, v rámci komunity, která zahrnuje činnosti a zásahy jako dohled, vedení a pomoc s cílem sociálního začlenění pachatele.

Zvláštní pozornost věnuje Výbor ministrů Rady Evropy podobně jako Valné shromáždění OSN mladistvým (resp. nezletilým) pachatelům. Upřednostňování trestněprávních alternativ ve vztahu k tomuto typu pachatelů obsahuje **doporučení č. R (87) 20 o společenské reakci na kriminalitu mládeže** (ze dne 17. září 1987), dále **doporučení č. R (88) 6 o společenské reakci na kriminalitu mládeže z řad mladých lidí pocházejících z rodin přistěhovalců** (ze dne 18. dubna 1988). V nedávné době pak přijal Výbor ministrů **doporučení Rec (2003) 20 týkající se nových způsobů vypořádání se s kriminalitou mládeže a role soudnictví ve věcech mládeže** (ze dne 24. září 2003) a **doporučení CM/Rec (2008) 11 o Evropských pravidlech pro mladistvé pachatele podrobené sankcím nebo opatřením** (ze dne 5. listopadu 2008). Vyzdvihována je nutnost výchovného působení na mladistvé pachatele, potřeba uvědomění si následků vlastního jednání a jejich resocializace.

6. ZÁVĚR

Jak OSN, tak Rada Evropy jakožto mezinárodní organizace, které dbají o ochranu lidských práv i o prevenci kriminality, vyzdvihují koncept restorativní justice. Nejvíce to je patrné z aktů jejich vrcholných orgánů – z rezolucí Valného shromáždění OSN a z doporučení (a rezolucí) Výboru ministrů Rady Evropy, jež členskými státy doporučují zavádění alternativních trestů i alternativ k potrestání a rovněž alternativních postupů mimo formální trestní řízení. Česká republika se snaží tyto rezoluce a doporučení postupně zapracovávat do svých trestněprávních předpisů.

Některé z těchto právně nezávazných aktů se zaměřují na nutnost aktivnějšího zapojení obětí a na různé formy náhrady újmy obětem trestných činů. Většina členských států Rady Evropy dokonce podepsala, či přímo ratifikovala Evropskou úmluvu o odškodňování obětí násilných trestných činů. V legislativě České republiky se tento její závazek promítl do zákona o poskytnutí peněžité pomoci obětem trestné činnosti (metoda adaptace). Z restorativních programů, doporučovaných např. v rezoluci Hospodářské a sociální rady, je v České republice právně zakotvena pouze mediaci, a to v zákoně o Probační a mediační službě, který byl přijat v reakci na doporučení Výboru ministrů ohledně mediaci v trestních věcech.

Rada Evropy je ve srovnání s OSN mnohem aktivnější ve vydávání doporučení svým členským státům v oblasti trestněprávních alternativ, což je pochopitelné vzhledem k její regionální povaze. Její dokumenty jsou také konkrétnější, hlubší, co do úpravy trestněprávních alternativ, jejichž rozsah by měly členské státy rozšiřovat. Zatím posledním rozšířením palety trestněprávních alternativ v rámci České republiky bylo spolu s přijetím nového trestního zákoníku zavedení dvou nových druhů alternativních trestů – trestu domácího vězení a trestu zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce.

Literature:

Council of Europe: About the European Committee on Crime Problems [online]. © 2011 [cit. 8. 1. 2011]. Dostupné z: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/CDPC_en.asp.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. R (83) 7 o spoluúčasti veřejnosti na trestní politice ze dne 23. června 1983.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. R (85) 11 o postavení obětí v rámci trestního práva a řízení ze dne 28. června 1985.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. R (87) 18 týkající se zjednodušení trestního řízení ze dne 17. září 1987.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. R (87) 20 o společenské reakci na kriminalitu mládeže ze dne 17. září 1987.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. R (87) 21 o pomoci obětem a prevenci viktimizace ze dne 17. září 1987.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. R (88) 6 o společenské reakci na kriminalitu mládeže z řad mladých lidí pocházejících z rodin přistěhovalců ze dne 18. dubna 1988.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. R (92) 16 k Evropským pravidlům v oblasti komunitních sankcí a opatření ze dne 19. října 1992.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. R (92) 17 týkající se konzistence v trestání ze dne 19. října 1992.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. R (99) 19 ohledně mediace v trestních věcech ze dne 15. září 1999.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. R (99) 22 týkající se přelidnění věznic a inflace vězeňské populace ze dne 30. září 1999.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy Rec (2000) 22 ke zdokonalování implementace Evropských pravidel v oblasti komunitních sankcí a opatření ze dne 29. listopadu 2000.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy Rec (2003) 20 týkající se nových způsobů vypořádání se s kriminalitou mládeže a role soudnictví ve věcech mládeže ze dne 24. září 2003.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy Rec (2003) 22 k podmíněnému propuštění s dohledem (parole) ze dne 24. září 2003.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy Rec (2006) 8 o pomoci obětem trestných činů ze dne 14. června 2006.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy CM/Rec (2008) 11 o Evropských pravidlech pro mladistvé pachatele podrobené sankcím nebo opatřením ze dne 5. listopadu 2008.

Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy CM/Rec (2010) 1 k Probačním pravidlům Rady Evropy ze dne 20. ledna 2010.

Evropská úmluva o dohledu nad podmínečně odsouzenými a podmínečně propuštěnými pachateli ze dne 30. listopadu 1964.

Evropská úmluva o odškodňování obětí násilných trestných činů ze dne 24. listopadu 1983.

Galaway, B., Hudson, J. *Criminal Justice, Restitution and Reconciliation*. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1990.

Charta Organizace spojených národů ze dne 26. června 1945.

Malenovský, J. *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2008.

McCold, P. „The recent history of restorative justice: mediation, circles, and conferencing.“ In: *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*. Ed. Sullivan, D., Tiffit, L. London : Routledge, 2008.

Restorative Justice Online: Lesson 1: Definition [online]. © 1996 – 2010 [cit. 1. 1. 2011]. Dostupné z: <http://www.restorativejustice.org/university-classroom/01introduction/tutorial-introduction-to-restorative-justice/lesson-1-definition/lesson-1-definition>.

Rezoluce Hospodářské a sociální rady č. 2002/12 ze dne 24. července 2002.

Rezoluce Valného shromáždění A/RES/40/33 ze dne 29. listopadu 1985.

Rezoluce Valného shromáždění A/RES/40/34 ze dne 29. listopadu 1985.

Rezoluce Valného shromáždění A/RES/45/110 ze dne 14. prosince 1990.

Rezoluce Valného shromáždění 55/25 ze dne 15. listopadu 2000, Úmluva OSN proti nadnárodnímu organizovanému zločinu.

Rezoluce Valného shromáždění 58/4 ze dne 31. října 2003, Úmluva OSN proti korupci.

Rezoluce Výboru ministrů Rady Evropy (65) 1 o odkladu trestu, probaci a jiných alternativách k trestu odnětí svobody ze dne 22. ledna 1965.

Rezoluce Výboru ministrů Rady Evropy (70) 1 o praktické organizaci opatření týkajících se dohledu a následné péče o podmíněně odsouzené nebo podmíněně propuštěné pachatele ze dne 26. ledna 1970.

Rezoluce Výboru ministrů Rady Evropy (76) 10 o určitých alternativních trestních opatřeních k trestu odnětí svobody ze dne 9. března 1976.

Solotář, A., Púry, F., Šámal, P. *Alternativní řešení trestních věcí v praxi*. Praha : C. H. Beck, 2000.

Statut Rady Evropy ze dne 5. května 1949.

Šturma, P. *Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva*. Praha : Karolinum, 2002.

Trestněprávní úmluva o korupci ze dne 27. ledna 1999.

UNODC: *About UNODC* [online]. © 2011 [cit. 6. 1. 2011]. Dostupné z: <http://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/index.html?ref=menutop>.

UNODC: *The Commission on Crime Prevention and Criminal Justice* [online]. © 2011 [cit. 6. 1. 2011]. Dostupné z: <http://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/index.html>.

UNODC: *The Eleventh Crime Congress* [online]. © 2011 [cit. 6. 1. 2011]. Dostupné z: <http://www.unodc.org/unodc/en/crime-congress/crime-congress-11-long.html>.

Úmluva o boji proti obchodování s lidmi ze dne 16. května 2005.

Úmluva o praní, vyhledávání, zadržování a konfiskaci výnosů ze zločinu ze dne 8. listopadu 1990.

Válková, H., Sotolář, A. „Restorativní justice – trestní politika pro 21. století?“ *Trestní právo*. 2000, roč. 5, č. 1, s. 4-11.

Válková, H. „Viktimologie.“ In *Základy kriminologie a trestní politiky*. Eds. Kuchta, J., Válková, H. Praha : C. H. Beck, 2005.

Zehr, H. *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*. Scottsdale : Herald press, 1990.

Contact – email

Luc.Bol@seznam.cz

EVROPSKÁ DOHODA O MEZINÁRODNÍ SILNIČNÍ PŘEPRAVĚ NEBEZPEČNÝCH VĚCÍ ADR A JEJÍ DALŠÍ MOŽNÝ VÝVOJ

MARTIN CEMPÍREK¹

Právnická fakulta, Masarykova univerzita Brno, Česká republika

Abstract in original language

V příspěvku je nově řešena problematika odpovědnosti účastníků silniční přepravy nebezpečných věcí. Přepravu nebezpečných věcí upravuje Evropská dohoda o mezinárodní silniční přepravě nebezpečných věcí ADR. V článku jsou naznačeny možné přístupy pro další rozvoj Dohody ADR. Návrhy reagují na současnou bezpečnostní situaci ve světě a hrozby terorismu při přepravě nebezpečných věcí. Dohoda ADR za porušení jednotlivých ustanovení nestanoví konkrétní sankce. Z tohoto důvodu je nově navrženo řešení odpovědnosti za ekologickou újmu způsobenou při přepravě nebezpečných věcí. Je naznačena potřeba jednotného postupu smluvních států Dohody ADR.

Key words in original language

Mezinárodní přeprava nebezpečných věcí, Dohoda ADR, Úmluva CMR, odpovědnost za škodu způsobenou při přepravě nebezpečných věcí, ekologická újma, odpovědnost za ekologickou újmu, hrozby terorismu.

Abstract

This paper deals problems relating to the responsibility of persons who are concerned with the Carriage of Dangerous Goods. Transport of Dangerous Goods by Road is governed by European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road ADR. A potential approach to the development of Agreement ADR is solved in text. Proposals respond to the present safety situation in the world as well as to the threat of terrorism during the carriage of dangerous goods. Agreement ADR itself does not prescribe any penalties. The solution of responsibility for an environmental disaster during the carriage of dangerous goods is shown in a new way, too.

Key words

International Carriage of Dangerous Goods by Road, Agreement ADR, Convention CMR, responsibility of persons who are concerned with the Carriage of Dangerous Goods, environmental disaster, ecological damage, responsibility for environmental damage, threat of terrorism.

¹ Autor je doktorandem na Právnické fakultě, Masarykovy univerzity v Brně.

Úvod

Na životní prostředí negativně působí dopravní nehody nákladních automobilů přepravujících nebezpečné věci. Jednou z nejrizikovějších je přeprava ropných produktů, kdy toxické látky silně zamožují životní prostředí. Ze statistik dopravních nehod vyplývá že, i přes prevenci předcházení škodám, je tento trend vzrůstající. Evropská dohoda o mezinárodní silniční přepravě nebezpečných věcí (dále jen Dohoda ADR)¹ Dohoda ADR upravuje problematiku přepravy nebezpečných věcí. Tento právní dokument se aplikuje na přepravní vztahy, jejichž nepřímým předmětem je nebezpečné zboží. Dohoda ADR byla přijata pod patronací Evropské hospodářské komise OSN v Ženevě v roce 1957. Dohoda je novelizována každé dva roky.² I když se momentálně komise³ zapracováním odpovědnostních ustanovení se zaměřením na odpovědnost za životní prostředí na svých pracovních jednáních nezabývá⁴, chtěli bychom se o možném budoucím vývoji této problematiky zmínit v našem příspěvku.

1. Přeprava nebezpečných věcí podle Evropské dohody o mezinárodní silniční přepravě nebezpečných věcí ADR

Dohoda ADR vymezuje práva a povinnosti účastníků přepravněprávního vztahu.⁵ Neupravuje však případné sankce za jejich nedodržení. Porušení těchto povinností a potrestání subjektů je přenecháno národním právním úpravám smluvních států Dohody ADR.⁶ Odpovědnost za přepravu nebezpečných věcí můžeme tematicky zařadit mezi právo životního

¹ *ACCORD EUROPÉEN RELATIF AU TRANSPORT INTERNATIONAL DES MARCHANDISES DANGEREUSES PAR ROUTE (ADR)* [online]. 2011 [cit. 2011-04-27]. Dostupné z UNECE United Nations Economic Commission for Europe: <http://www.unece.org/trans/danger/publi/adr/ADRaccord_f.pdf>.

² Viz. European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road, ADR applicable as from 1 January 2011 [online]. 2011 [cit. 2011-04-27]. Dostupné z UNECE United Nations Economic Commission for Europe: <http://www.unece.org/trans/danger/publi/adr/ADRaccord_f.pdf>.

³ Working Party on the Transport of Dangerous Goods (WP.15), WP.15 Agendas [online]. 2011 [cit. 2011-04-27]. Dostupné z UNECE United Nations Economic Commission for Europe: <<http://www.unece.org/trans/main/dgdb/wp15/wp15age.html>>.

⁴ Blíže k Dohodě ADR též Cempírek, Martin. *Mezinárodní přeprava podle Evropské dohody o mezinárodní silniční přepravě nebezpečných věcí*. 2010. 77 s. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Zdeněk Kapitán.

⁵ Viz. Příloha A Dohody ADR, Všeobecná ustanovení a ustanovení týkající se nebezpečných látek a předmětů, sdělení Ministerstva zahraničních věcí 17/2011. Sb.m.s.

⁶ Přeprava nebezpečného zboží je sice soukromoprávním vztahem, ale veškeré sankce z těchto vztahů vyplývající, náleží do oblasti veřejného práva smluvních států Dohody ADR. Soukromoprávní odpovědnost a nároky účastníků přepravněprávního vztahu upravuje Úmluva CMR. Blíže ⁶ *Latest Dangerous Goods News* [online]. UNECE, 2011 [cit. 2011-04-27]. Dostupné z UNECE United Nations Economic Commission for Europe: <<http://www.unece.org/trans/danger/danger.htm>>.

prostředí a přepravní právo.⁷ V této oblasti spolu velmi úzce souvisí soukromoprávní a veřejnoprávní odpovědnost.⁸ Povinnosti stanovené při přepravě nebezpečného zboží se snaží co nejvíce eliminovat riziko poškození životního prostředí.⁹ Dohoda ADR neupravuje problematiku odpovědnosti ani odpovědnostní důvody či normy, na jejichž základě by bylo možné stanovit odpovědnost za škodu.¹⁰ Např., při přepravě nebezpečných chemických látek je nejvíce ohroženo životní prostředí, kdy např. v důsledku havárie vozidla může být kontaminován vodní zdroj nebo půda.¹¹ Dochází tím ke značným škodám, které si dopravce začne uvědomovat až následně. Domníváme se, že v Dohodě ADR by měla být nově upravena odpovědnostní ustanovení, která by na dopravce působila především preventivně. Pro prevenci je důležité zapojit do spolupráce více států a regionů, které jsou tranzitujícími státy a přes které se přeprava nebezpečných věcí nejvíce uskutečňuje. Cílem ke zvýšení prevence v dopravě je vzájemná spolupráce jednotlivých států. Spolupráce se nejvíce uskutečňuje v železniční přepravě. Kdy dochází k eliminaci rizika u desítek nehod.¹²

2. Návrhy odpovědnostních ustanovení v Dohodě ADR – *de lege ferenda*

Zvláštní formou odpovědnosti, *de lege ferenda* začleněné do Dohody ADR, by byla veřejnoprávní odpovědnost za ekologickou újmu. Ekologická újma a její náhrada se odlišuje od klasického soukromoprávního nároku na

⁷Blíže ke správněprávní odpovědnosti a o předcházení ekologické újmě při nakládání s nebezpečnými latkami Jančářová, I. Právní prostředky a cesty k řešení ekologických zátěží, Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 81, ISBN 978-210-4713-6. Soukromoprávní odpovědnost za škodu vzniklou při přepravě nebezpečného zboží v oblasti přepravního práva uvádí např. Sedláček, P. *Umluva CMR (komentář). Mezinárodní silniční nákladní doprava*. Praha : I VOX, a. s. - Nakladatelství, 2009. s. 401.

⁸Tento právní názor zastávají i němečtí autoři. Srv. Thume, K.H., Demuth, K., Fremuth, F. et al. *Kommentar zur CMR. Übereinkommen über den Beförderungsvetrag im internationalen Straßengüterverkehr*. 2. Auflage. Frankfurt am Main : Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2007. s. 598.

⁹Srv. Mann, U. Umweltsünder am Pranger. *Der Gefahrgut BEAUFTRAGTE* [online]. 2007, roč. 18, č. 12, [cit. 2010-02-28]. Dostupné z Gefahrgut.de :<<http://www.dergebe.de/>>.

¹⁰ Viz. Pertunčík, P. *Přeprava nebezpečných věcí po silnici podle restrukturalizované Dohody ADR*. Praha : Sdružení automobilových dopravců ČESMAD BOHEMIA, 2009. s. 142.

¹¹Blíže k právnímu režimu půdy kontaminované únikem nafty Jančářová, I. Právní prostředky a cesty k řešení ekologických zátěží, Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 81, ISBN 978-210-4713-6.

¹²Blíže, Zelenko, Y. The New Technology of Liquidation of Transport Accidents Involving Oil Products, *Transport Problems*, 2010, s. 84-87, Dostupné z: <http://www.transportproblems.polsl.pl/pl/Archiwum/2010/zeszyt1/2010t5z1_10.pdf> [citováno dne 26.04.2011].

náhradu škody.¹³ Směrnice upravující ekologickou újmu¹⁴ je transponována do vnitrostátního práva ve všech členských státech Evropské unie (dále jen státech EU). Její aplikace je tedy možná pouze ve členských státech EU. Aplikace odpovědnosti za ekologickou újmu však není možná v nečlenských zemích Evropské unie. V Dohodě ADR by mohla být nově zakotvena ustanovení týkající se odpovědnosti za ekologickou újmu. Z těchto by byl oprávněný pouze smluvní stát Dohody ADR. Odpovědnostní ustanovení by byla navázána na vnitrostátní právo smluvního státu.¹⁵ Smluvní stát Dohody ADR by musel vnitrostátní legislativu přizpůsobit odpovědnostním ustanovením Dohody ADR. Odpovědnost za ekologickou újmu by stát po původci nárokoval podle vnitrostátního práva. Tato právní úprava by se týkala pouze smluvních států, které nejsou členy EU. Nečlenské státy EU by mohly být motivovány, aby přijaly dodatečnou legislativu, která by jim napomáhala lépe chránit životní prostředí. Tato nová právní úprava by byla výhodná pro státy, přes které se přeprava nebezpečných věcí nejvíce uskutečňuje. „Jednou z tranzitujících zemí je Ukrajina. Nachází se zde také velké množství příjemců a konečných spotřebitelů, kterým jsou dodávány ropné produkty. V západních zemích se setkáváme s velkou poptávkou po této komoditě. Vývoz také směřuje přes Rusko do Asie. Z tohoto důvodu se setkáváme s velkým množstvím dopravních nehod na silnicích a železnicích. Nejčastěji se jedná o únik přepravovaných látek z dopravních jednotek. To je důsledkem poškození životního prostředí a možného vzniku ekologické újmy.“¹⁶

Uvědomujeme si, že tato forma odpovědnosti bude zřejmě problematická. Můžeme namítat, že pro dopravce by nová odpovědnostní ustanovení znamenala další finanční zatížení. Tento argument bychom museli překlenout vyšším, morálně odpovědnostním. Tím by byla odpovědnost za životní prostředí, jeho zachování a předání dalším generacím. Tato forma veřejnoprávní odpovědnosti vůči členskému státu by

¹³Viz Rybářová, L. K odpovědnosti za ztráty na životním prostředí v Evropě. In *COFOLA 2009*. Brno : Masarykova univerzita, 2009. od s. 62-79, 17 s. ISBN 978-80-210-4821-8.

¹⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/35/ES ze dne 30. dubna 2004 o odpovědnosti za životní prostředí.

¹⁵Jako způsoby řešení odpovědnosti za ekologickou újmu můžeme využít poznatky z evropských zákonů, které uvádí Damohorský. „Způsoby řešení odpovědnosti za ekologickou újmu nad rámec běžného uplatňování náhrady škody se v zahraničních národních právních řádech uplatňují jen dva. Prvním z nich je **speciální zákon o odpovědnosti za ztráty na životním prostředí**, který je jakýmsi hybridem (přechodem) mezi právem soukromým a veřejným...Druhým možným způsobem je zavedení a využívání **systému nápravných opatření k reparaci ztrát na životním prostředí**...v rámci dozoru orgány státní správy, jsou klasickým i veřejnoprávními nástroji ovlivňování stavu životního prostředí.“ Damohorský, M. et al. *Právo životního prostředí*. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2007. s. 86.

¹⁶ Zelenko, Y. The New Technology of Liquidation of Transport Accidents Involving Oil Products, *Transport Problems*, 2010, s. 84-87, Dostupné z: http://www.transportproblems.polsl.pl/pl/Archiwum/2010/zeszyt1/2010t5z1_10.pdf [citováno dne 2011-04-26].

byla nezávislá na případné soukromoprávní odpovědnosti.¹⁷ Odpovědnostní ustanovení v Dohodě ADR by přímo odkázala na národní předpis upravující tuto problematiku.¹⁸ Ustanovení o odpovědnosti za ekologickou újmu by vůči dopravcům působila především preventivně. Pro ostatní smluvní státy Dohody ADR, které nejsou členy Evropské unie, by uvedená ustanovení působila především motivačně. V Dohodě ADR by byl uveden hraniční určovatel, odkazující na vnitrostátní právo smluvního státu. Podle vnitrostátního práva by byla stanovena odpovědnost za ekologickou újmu. Pro smluvní státy Dohody ADR, které nejsou členy EU, by bylo výhodné upravit svoje právní řady a dále přijmout zákon, který by poskytoval podobné záruky náhrady ekologické újmy, jak uvádí Směrnice 2004/35/ES. Nečlenskými státy EU by tak vznikla takřka rovnocenná oprávnění, která mají státy unijní. Docházelo by tak k postupnému propojování jednotlivých právních úprav zaměřených na ochranu životního prostředí.

Závěr

Zakotvení institutu odpovědnosti za ekologickou újmu do Dohody ADR by znamenalo vlastní odpovědnostní úpravu, která by byla přímo použitelná nezávisle na Úmluvě CMR.¹⁹ Náhrada škody za ekologickou újmu by mohla být neomezená a vždy by ji vymáhal stát. Byl by tak sjednocen přístup k náhradě škody ve všech členských státech Dohody ADR. Náhrada škody za ekologickou újmu by byla aplikovatelná i mimo země Evropské unie. Vlastní zakotvení tohoto institutu by mohlo znamenat využití nároku, který doposud náleží pouze státům Evropské unie. Výše náhrady škody by se posuzovala podle předpisů soukromého práva. Vnitrostátní právo by také rozhodovalo o možném dopadu správněprávních a trestněprávních sankcí, které by již Dohoda ADR nezahrnovala. Odpovědnost za ekologickou újmu by byl zvláštní typ veřejnoprávní odpovědnosti, ze které by byl oprávněn pouze smluvní stát Dohody ADR.

¹⁷Setkáváme se s názory poukazujícími na zapracování nových odpovědnostních institutů do Dohody ADR. Tyto by však řešily pouze soukromoprávní odpovědnost. Náhrada škody a výpočet výše odškodnění by byl analogicky upraven podle zavedeného systému zúčtovacích jednotek, tak jak je upravuje Úmluva CMR. Srv. Petrunčík, P. *Přeprava nebezpečných věcí po silnici podle restrukturalizované Dohody ADR*. Praha : Sdružení automobilových dopravců ČESMAD BOHEMIA, 2009. s. 142.

¹⁸Damohorský uvádí pro příklad některé evropské zákony upravující odpovědnost za ekologickou újmu. Damohorský, M. et al. *Právo životního prostředí*. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2007. s. 86.

¹⁹Vyhláška č. 11/1975 Sb., Ministra zahraničních věcí, o Úmluvě o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční dopravě (CMR), ve znění pozdějších předpisů.

Legislation:

- European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road, ADR applicable as from 1 January 2011 [online]. 2011 [cit. 2011-04-27]. Dostupné z UNECE United Nations Economic Commission for Europe:
<http://www.unece.org/trans/danger/publi/adr/ADRaccord_f.pdf>.
- Příloha A Dohody ADR, Všeobecná ustanovení a ustanovení týkající se nebezpečných látek a předmětů, sdělení Ministerstva zahraničních věcí 17/2011. Sb.m.s.
- Vyhláška č. 11/1975 Sb., Ministra zahraničních věcí, o Úmluvě o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční dopravě (CMR), ve znění pozdějších předpisů.
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/35/ES ze dne 30. dubna 2004 o odpovědnosti za životní prostředí.

Literature:

- Cempírek, M. Mezinárodní přeprava podle Evropské dohody o mezinárodní silniční přepravě nebezpečných věcí. 2010. 77 s. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Zdeněk Kapitán.
- Damohorský, M. et al. Právo životního prostředí. 2. vyd. Praha: C.H. Beck, 2007., ISBN 978-80-7179-498-1.
- Jančářová, I. Právní prostředky a cesty k řešení ekologických zátěží, Brno: Masarykova univerzita, 2008, ISBN 978-210-4713-6.
- Mann, U. Umweltsünder am Pranger. Der Gefahrgut BEAUFTRAGTE [online]. 2007, roč. 18, č. 12, [cit. 2010-02-28]. Dostupné z Gefahrgut.de :<<http://www.dergebe.de/>>.
- Petrunčík, P. Přeprava nebezpečných věcí po silnici podle restrukturalizované Dohody ADR. Praha : Sdružení automobilových dopravců ČESMAD BOHEMIA, 2009.
- Sedláček, P. Úmluva CMR (komentář). Mezinárodní silniční nákladní doprava. Praha : 1 VOX, a. s. - Nakladatelství, 2009.
- Rybářová, L. K odpovědnosti za ztráty na životním prostředí v Evropě. In *COFOLA 2009*. Brno : Masarykova univerzita, 2009. od s. 62-79, 17 s. ISBN 978-80-210-4821-8.
- Thume, K.H., Demuth, K., Fremuth, F. et al: Kommentar zur CMR. Übereinkommen über den Beförderungsvetrag im internationalen Straßengüterverkehr. 2. Auflage. Frankfurt am Main : Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2007.
- Zelenko, Y. The New Technology of Liquidation of Transport Accidents Involving Oil Products, Transport Problems, 2010, s. 84-87, Dostupné z:

<http://www.transportproblems.polsl.pl/pl/Archiwum/2010/zeszyt1/2010t5z1_10.pdf> [citováno dne 26.04.2011].

Contact – email:

martin.cempi@seznam.cz

OECD MULTINATIONAL ENTERPRISES GUIDELINES AND THEIR ENFORCEMENT MECHANISM

IVAN CISÁR

Masaryk University, Faculty of Law

Abstract in original language

OECD has been promoting the MNE Guidelines for several decades as a code of conduct for the companies seated in its member states. The Guidelines have been drafted as a recommendation for the enterprises. But for approximately a decade the enforcement mechanism through National Contact Points have been created to deal with the complaints against the enterprises. Does this system change the recommendation to the somehow binding source of law? The character of the Guidelines was also addressed by the organs of UN in the connection with the activities of the enterprises in the Great Lakes region in Africa. Moreover, the recent developments connected with the revision of the MNE Guidelines are addressing this character.

Key words in original language

OECD Multinational Enterprises Guidelines, National Contact Point,
specific instance

INTRODUCTION

Corporations operating in various parts of world are the vital for the development of the international economic system. They serve as an important mean of bringing the economic development to the underdeveloped regions of the world.

The other side of their activities are the possible undesired side effects on the local communities via harming the environment, setting the low level for the working conditions or undue influence on the working of the government (bribery, ...).

To overcome these externalities the concept of the corporate social responsibility has been evolving. Its aim is to uphold e.g. the rights of the employees, the health and safety conditions, the safety of operations and the protection of the environment and/or the transparency of the conducting the business. The range of instruments falling under this concept is immense. It can range from the voluntary codes of conduct endorsed individually by the companies themselves, through the agreements concluded between the company and its stakeholders (e.g. the international framework agreements concluded between the enterprises and the trade unions and their

federations), to the code of conducts promoted together by the companies and the NGOs and ending in the government backed codes.¹

One of the most influential codes of business ethics and rules of corporate responsibility for the companies operating in various jurisdictions are the Multinational Enterprises Guidelines backed by the Organisation for the Economic Cooperation and Development (referred as 'MNE Guidelines'). The reasoning behind their adoption is the recognition that "socially and environmentally sustainable markets and enterprises require principles and standards for responsible business conduct".²

This paper is not dealing with the concept of the corporate social responsibility and its usefulness. But its aim is to point to the changes of the character of the MNE Guidelines changing them from the voluntary code of conduct which the companies are encourage to adopt to the code of behaviour that the companies shall observe under the threat of various sanctions. The simple fact of creating the binding rules on corporate behaviour itself is not negative one. But the way of doing it through the "back doors" is undermining the principle of legal certainty and predictability of the consequences for the companies.

BACKGROUND OF THE MNE GUIDELINES

MNE Guidelines are in here for 25 years. They were adopted as a part of the whole package of the Declaration on International Investment and Multinational Enterprises³ in 1976. This is a broad political commitment adopted by the governments of the OECD Member States to promote direct investment among them.⁴ Today, all 34 Member States to the OECD with 8 more countries have subscribed to the Declaration on the International

¹ The various approaches to the CSR with several examples can be found summaries in the Green Paper – Promoting a European framework for corporate social responsibility published by the European Commission (COM(2001)0366 final).

² RUGGIE, J. Discussion Paper on updating the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. 10th OECD Roundtable on Corporate Responsibility [online]. Paris: OECD, 2010 [cit. 2011-05-15]. Available at: <<http://www.oecd.org/dataoecd/17/35/45545887.pdf>>. § 1.

³ OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises [online]. Paris: OECD, [cit. 2011-05-15]. Available at: <www.oecd.org/daf/investment/declaration>.

⁴ The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Frequently Asked Questions [online]. Paris: OECD, [cit. 2011-05-15]. Available at: <http://www.oecd.org/document/58/0,3746,en_2649_34889_2349370_1_1_1_1,00.html>.

Investment and Multinational Enterprises and with it also to the MNE Guidelines as its integral part.⁵

The text of the MNE Guidelines (and also other parts of the Declaration) is not static. Every part of the Declaration is subject to periodical review.⁶ The reviews were conducted in 1979, 1982, 1984, 1991 and 2000.⁷ The last review process is currently under its way⁸ and it should be concluded just shortly after this paper is submitted at the 50th anniversary Ministerial Council Meeting 2011 on 25 – 26 May 2011.⁹

IMPLEMENTATION OF THE MNE GUIDELINES

The MNE Guidelines are unique by the additional level attached to the ethical code for the enterprises.¹⁰ The OECD Member States agreed on creation of the implementation mechanism that should ensure the effectiveness of the MNE Guidelines.

As an integral part of the MNE Guidelines review in 2000, the new Decision of the OECD Council was adopted.¹¹ The member states of the OECD and other adhering countries have decided to set up the governmental organs – the national contact points. This decision is binding the on the members states as any other decision of the OECD Council.¹²

The effectiveness of the MNE Guidelines should be ensured by the governmental offices – the National Contact Points. These offices should promote the MNE Guidelines, and what is more important, handle inquiries

⁵ OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises [online]. Paris: OECD, [cit. 2011-05-15]. Available at: <www.oecd.org/daf/investment/declaration>.

⁶ Declaration on International Investment and Multinational Enterprises. In The OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises: basic Texts. DAF/IME(2000)20. Point VI.

⁷ The OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises: basic Texts. DAF/IME(2000)20. p. 2

⁸ Updating the OECD Guidelines for Multinational Enterprises [online]. Paris: OECD, 29 April 2011 [cit. 2011-05-15]. Available at: <http://www.oecd.org/document/33/0,3746,en_2649_34889_44086753_1_1_1_1,00.html>.

⁹ The 50th anniversary Ministerial Council Meeting 2011[online]. Available at: <www.oecd.org/mcm2011>.

¹⁰ Terms of Reference for an update of the Guidelines [online]. Paris: OECD, 30 April 2010. Available at: <<http://www.oecd.org/dataoecd/61/41/45124171.pdf>>. p. 5.

¹¹ Decision of the Council on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 27 June 2000, C(2000)96/FINAL.

¹² Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development. Art. 5, letter (a) with Art. 7.

and promote discussions with the concerned parties to help solving problems arising with the application of the MNE Guidelines.¹³

There is no specific requirement to the composition of the NCPs.¹⁴ It is up to the each government to choose the best organization addressing the needs of each country. So the actual composition of the NCP can vary from the single official (like in the Czech Republic) to the complex mixed office of the several concerned governmental offices or agencies supervised by the independent body (like in the United Kingdom).

The functions of NCPs are various. But as I already stated, the most important function connected with the character of the MNE Guidelines is the handling of specific instances. NCPs should “contribute to the resolution of issues that arise relating to implementation of the Guidelines in specific instances”.¹⁵

Consequently, members of the business community, employee organizations and other concerned parties may rise any issue connected with the MNE Guidelines.¹⁶ Mostly, this will be raised by the stakeholders – the NGOs looking after the protection of the environment or trade unions protecting its members – the employees of the enterprises, affected by the activities of the enterprises. But in general, everybody can 'implicate' any company with an allegations about the company's misconduct.

THE CHARACTER OF MNE GUIDELINES

WHAT ARE THEY TELLING FORMALLY?

The MNE Guidelines are themselves addressing their character. The governments of the adhering countries have recommended the enterprises to observe the principles and standards of good practice.¹⁷ The governments also have undertook the commitment to promote them and encourage their use.¹⁸ However, under the wording of the MNE Guidelines, their observance

¹³ Decision of the Council on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 27 June 2000, C(2000)96/FINAL. I. National Contact Points, p. 1.

¹⁴ Ibid. Procedural Guidance, I. National Contact Points, A. Institutional Arrangements.

¹⁵ Ibid. Procedural Guidance, I. National Contact Points, C. Implementation in Specific Instances.

¹⁶ Guidelines for Multinational Enterprises, Declaration on International Investment and Multinational Enterprises, Annex 1, 21 June 1976 – C(76)99/FINAL, Amended on 13 June 1979 – C(79)102/FINAL, 17 May 1984 - C/M(87)7 Part II(FINAL), Item 111.II c), 4 June 1991 - C/M(91)12/FINAL, Item 111.II c), 27 June 2000 – C/M(2000)17. I. Concepts and Principles, §. 10.

¹⁷ Ibid. I. Concepts and Principles, §. 1.

¹⁸ Ibid. I. Concepts and Principles, §. 10.

by companies is not legally enforceable and the enterprises have been observing them only on voluntary base.¹⁹

Their voluntary character without legally binding force is reaffirmed vigorously by the NCPs in their final statements concluding the specific instances.²⁰ The NCPs also stress that they can not serve as an investigation or judicial body.²¹ So as a result, the NCP observed that the MNE Guidelines are not the sanction instrument aiming to hold the companies to account.²²

On the other hand, the governments have themselves accepted the obligation to promote the observance of the MNE Guidelines.²³ Thus, the Guidelines primarily create international obligations on the adhered states. But they are not creating the obligations for other entities, especially the companies/enterprises.

WHAT IS THE REALITY?

Contrary to the express wording of the MNE Guidelines, in my opinion, the voluntary character of the MNE Guidelines is not to clear. It is true, that the text of the Guidelines is stressing this and also the NCPs are referring to the Guidelines as a voluntary principles. On the other hand, anybody (private person, NGO or trade union) can file a complain and 'blame' any company for the violation of the Guidelines.²⁴ The complaints are not allowed only against the companies accepting the voluntary obligations of the Guidelines.

¹⁹ Ibid. I. Concepts and Principles, §. 1. Preface, §. 1.

²⁰ e.g. Complaint from RAID against DAS Air [online]. [cit. 2011-05-15] UK NCP: London, June 2008. Availabe at: <<http://www.bis.gov.uk/files/file47346.doc>>. §2,3. Complaint from Global Witness against Afrimex (UK) Ltd. [online]. [cit. 2011-05-15] UK NCP: London, August 2008. Availabe at: <<http://www.bis.gov.uk/files/file47555.doc>>. §1,2.

²¹ FoE US & RAID vs. Cabot Corporation, Letter of NCP of United States of America [online]. [cit. 2011-05-15] 23 August 2004. Availabe at: <http://oecdwatch.org/cases/Case_45/224/at_download/file>.

²² Allegations against Avient. [online]. [cit. 2011-05-15] UK NCP: London, 2004. Availabe at: <<http://www.bis.gov.uk/files/file47356.pdf>>.

²³ Guidelines for Multinational Enterprises, Declaration on International Investment and Multinational Enterprises, Annex 1, 21 June 1976 – C(76)99/FINAL, Amended on 13 June 1979 – C(79)102/FINAL, 17 May 1984 - C/M(87)7 Part II(FINAL), Item 111.II c), 4 June 1991 - C/M(91)12/FINAL, Item 111.II c), 27 June 2000 – C/M(2000)17. I. Concepts and Principles, p. 10. Complaint from Global Witness against Afrimex (UK) Ltd. [online]. [cit. 2011-05-15] UK NCP: London, August 2008. Availabe at: <<http://www.bis.gov.uk/files/file47555.doc>>. § 3.

²⁴ Allegations against Oryx Natural Sesources [online]. [cit. 2011-05-15] UK NCP: London, June 2005. Availabe at: <<http://www.bis.gov.uk/files/file47359.pdf>>. Annex 1, § 2.

It is enough that the company is operating from the territory of the adhering state.

The MNE Guidelines have been also addressed in the works of the United Nations dealing with the involvement of the private enterprises in the Democratic Republic of Congo. The private companies, especially from the OECD Member States, have had strong economic interests in the Great Lakes region, especially aimed to get portion of the rich natural resources of the DRC. And they tend to pursue their business irrespective of the local political situation – whether the region is controlled by the legitimate government or the rebels. The UN established Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth in the

Democratic Republic of the Congo.

²⁵ This Panel observed that the ongoing conflict has been possible also due to the funding of the rebel groups provided by the enterprises seeking access to the minerals.²⁶ In its subsequent report from October 2002 this Panel listed 85 companies from OECD Member States that according to the Panel's view violated MNE Guidelines.²⁷ Thus, at least implicitly, this Panel held the view, that the MNE Guidelines have been binding on the companies to be able to observe that they have violated them.

These implications resulted in the further work of the NCPs of various adhering countries. The NCPs then dealt with the implications through the specific instance process.²⁸

To stimulate the process of specific instances, also the Security Council in its resolution 1457(2003) *inter alia* requested the Panel to provide the NCPs with the information it gathered during its work.²⁹

From these facts, especially the referral in the works of the United Nations, it can be derived that the MNE Guidelines have some binding force. This

²⁵ Security Council presidential statement dated 2 June 2000 (S/PRST/2000/20).

²⁶ Final report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo S/2002/1146 [online]. [cit. 2011-05-15] UN, 16 October 2002. Available at: <<http://www.un.org/News/dh/latest/drcongo.htm>>. §213.

²⁷ Ibid. Annex 3.

²⁸ Illegal Exploitation of Natural Resources in the Democratic Republic of Congo: Public Statement by CIME [online]. [cit. 2011-05-15] Paris: OECD, 12 February 2004. Available at: <http://www.oecd.org/document/6/0,3746,en_2649_34889_27217798_1_1_1_1,00&&en-USS_01DBC.html>.

²⁹ SC Res. 1457(2003). § 14.

view was expressed e.g. by Mr. Nicola Bonucci, Director for Legal Affairs of OECD.³⁰

Additionally, there are economical and social sanctions that are making the MNE Guidelines less voluntary and much more binding on the companies. The other private entities, like banks, can qualify their loans by the observance of the MNE Guidelines. On the other hand, the negative finding of the NCP in the specific instance procedures can have negative impact on the credit of the enterprise. Also the pressure of the NGOs can be significant. These are the effects that do not have much in common with the legally binding character of the MNE Guidelines. But they just illustrate the power connected with so called voluntary principles.

WHAT CAN THE FUTURE BE ?

As was showed in the previous part, the MNE Guidelines are not so voluntary and non-binding as it is claimed in their text. To the contrary, they have more and more binding nature. And this character can be enforced much more during the current process of updating the MNE Guidelines.

There are proposals called for states to connect with the negative findings of the NCPs also the negative consequences on the companies in the access for the public support or public services. These are the calls to limit the companies for access to the export or investment assistance of the governments.³¹ “As matters now stand, even where an NCP finds an egregious violation, under many current arrangements the company remains eligible to receive various forms of public advantage (such as export credit and investment insurance), without any conditions being imposed on it. Ignoring such breaches entirely may well contravene states’ own obligation to encourage companies to comply with the Guidelines. And by implicitly rewarding companies that do the wrong thing it disadvantages those that play by the rules.”³²

³⁰ He referred to the binding nature of the MNE Guidelines at the 2011 Jessup Cup World Champions Round in Washington in March 2011 at the discussion with the participants with the authors of this year compromise.

³¹ RUGGIE, J. Discussion Paper on updating the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. 10th OECD Roundtable on Corporate Responsibility [online]. Paris: OECD, 2010 [cit. 2011-05-15]. Available at: <<http://www.oecd.org/dataoecd/17/35/45545887.pdf>>. § 7.

³² RUGGIE, J. Remarks at OECD Investment Committee [online]. Paris: OECD, 4 October 2010 [cit. 2011-05-15]. Available at: <<http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-remarks-to-OECD-Investment-Committee-4-Oct-2010.pdf>>. p. 6-7.

CREATING OBLIGATIONS THROUGH BACK DOORS

I do not challenge the presumption that when the governments accepted the obligation to promote the MNE Guidelines they should do as much as they can to do so. But they can not contravene the standard procedure of imposing the obligations on the addressees of the law.

The governments have many other possibilities how they can honour their obligations under the international law. Firstly, the promotion of the MNE Guidelines is the basic one. Governmental offices can hold seminars or workshops to encourage the companies to observe these principles. Secondly, the states still have the ownership interests in several enterprises. So the representatives of the state as shareholder can insist on the observance of these principles from inside the company. This will be in accordance with the voluntary character of the MNE Guidelines when the company itself accepts the principles.

However, the creation of the system of state offices (the NCPs) which can observe the application of the MNE Guidelines and at the end of the day even find the company in violation of them, is stretching too much over the voluntary and not legally binding character of the principles. Moreover, if the states connect the findings of NCP (which can be made without the consent of the enterprise involved) with the public assistance to the company, this will make the legal norm complete by adding the real sanction affecting the enterprise.

If the states wish so much their enterprises to observe the corporate social responsibility (which is desirable), they should pursue this aim through the classical legal way of creating the legal obligations. Firstly, if they wish to do so in international level, the drafting of the international agreement which will directly impose the rights and obligations (self-executing treaty) is the proper way. Such an agreement will then have to pass the scrutiny of the national legislators which are the only legitimate creators of the binding legal norms on private entities. This process will ensure the legal certainty for the corporations which will not exactly that there are obligations for them to observe and that they are connected with certain sanctions. Additionally, this will ensure the homogeneity of the obligations all over the adhering states.

Further, the states have themselves other possible way. If they want to keep only the obligation to promote the observance of MNE Guidelines for themselves, as it is the current state, then they again have the possibility to use the domestic legislation procedures. They can pass the laws incorporating the MNE Guidelines principles into their domestic legislation. This gain will ensure the legal certainty for the subjects of the law. Only drawback in this scenario is the lack of unity among the states in the content of the obligations and the sanctions connected to their violations.

CONCLUSION

The enterprises pursuing their businesses round the world are affecting the whole society. Thus, the concepts corporate social responsibility are gaining more and more importance addressing these side effects of the international business. As the OECD is the source of the greatest portion of internationally operating corporations, it is not surprise that the OECD is very active in this field. The MNE Guidelines are clear example how the OECD has been pursuing the convergence between the business aims and the ethical standards.

In general, the corporate responsibility principles are formulated as voluntary steps that the enterprise should follow. But the establishment of the governmental level of observance in the case of MNE Guidelines – the National Contact Points, has been swinging this characteristic more and more to the legally binding rules. This trend is not in itself negative. However, the procedure employed by the OECD Member States is worrying. Instead of drafting the clear binding rules that have passed the standard legislative process and have been endorsed by the appropriate legislative bodies, the MNE Guidelines are changing their character in rather creeping way through back doors. To conclude, I would like to “remind states that they are the primary human rights duty bearers under international law —that corporate responsibility is not a substitute for effective state policies, regulation and adjudication.”³³

LITERATURE

Allegations against Avient. [online]. [cit. 2011-05-15] UK NCP: London, 2004. Available at: <<http://www.bis.gov.uk/files/file47356.pdf>>.

Allegations against Oryx Natural Resources [online]. [cit. 2011-05-15] UK NCP: London, June 2005. Available at: <<http://www.bis.gov.uk/files/file47359.pdf>>.

Complaint from Global Witness against Afrimex (UK) Ltd. [online]. [cit. 2011-05-15] UK NCP: London, August 2008. Available at: <<http://www.bis.gov.uk/files/file47555.doc>>.

Complaint from RAID against DAS Air [online]. [cit. 2011-05-15] UK NCP: London, June 2008. Available at: <<http://www.bis.gov.uk/files/file47346.doc>>.

Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development.

Decision of the Council on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 27 June 2000, C(2000)96/FINAL.

Final report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo S/2002/1146 [online]. [cit. 2011-05-15] UN, 16 October 2002. Available at: <<http://www.un.org/News/dh/latest/drcongo.htm>>.

³³ Ibid. p. 4.

FoE US & RAID vs. Cabot Corporation, Letter of NCP of United States of America [online]. [cit. 2011-05-15] 23 August 2004 Available at: <http://oecdwatch.org/cases/Case_45/224/at_download/file>.

Guidelines for Multinational Enterprises, Declaration on International Investment and Multinational Enterprises, Annex 1, 21 June 1976 – C(76)99/FINAL, Amended on 13 June 1979 – C(79)102/FINAL, 17 May 1984 - C/M(87)7 Part II(FINAL), Item 111.II c), 4 June 1991 - C/M(91)12/FINAL, Item 111.II c), 27 June 2000 – C/M(2000)17.

Illegal Exploitation of Natural Resources in the Democratic Republic of Congo: Public Statement by CIME [online]. [cit. 2011-05-15] Paris: OECD, 12 February 2004. Available at:

<http://www.oecd.org/document/6/0,3746,en_2649_34889_27217798_1_1_1_1,00&&en-USS_01DBC.html>.

OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises [online]. Paris: OECD, [cit. 2011-05-15]. Available at: <www.oecd.org/daf/investment/declaration>.

RUGGIE, J. Discussion Paper on updating the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. 10th OECD Roundtable on Corporate Responsibility [online]. Paris: OECD, 2010 [cit. 2011-05-15]. Available at: <<http://www.oecd.org/dataoecd/17/35/45545887.pdf>>.

RUGGIE, J. Remarks at OECD Investment Committee [online]. Paris: OECD, 4 October 2010 [cit. 2011-05-15]. Available at: <<http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-remarks-to-OECD-Investment-Committee-4-Oct-2010.pdf>>. p. 6-7.

SC Res. 1457(2003).

Security Council presidential statement dated 2 June 2000 (S/PRST/2000/20).

Terms of Reference for an update of the Guidelines [online]. Paris: OECD, 30 April 2010. Available at: <<http://www.oecd.org/dataoecd/61/41/45124171.pdf>>

The OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises: basic Texts. DAF/IME(2000)20.

The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Frequently Asked Questions [online]. Paris: OECD, [cit. 2011-05-15]. Available at: <http://www.oecd.org/document/58/0,3746,en_2649_34889_2349370_1_1_1_1,00.html>.

Updating the OECD Guidelines for Multinational Enterprises [online]. Paris: OECD, 29 April 2011 [cit. 2011-05-15]. Available at: <http://www.oecd.org/document/33/0,3746,en_2649_34889_44086753_1_1_1_1,00.html>.

Contact – email

cisar.ivan@gmail.com

EVROPSKÁ NORMOTVORBA V OBLASTI PŘEMĚN SPOLEČNOSTÍ

JAN ČADÍLEK

Fakulta mezinárodních vztahů, Vysoká škola ekonomická v Praze, Česká republika

Abstract in original language

Problematika přeměn společností není v právu EU řešena obecnou úpravou, ale regulace se zaměřuje pouze na některé typy přeměn a to pouze ve vztahu k určitým právním formám společností. Základními předpisy práva EU v této oblasti jsou směrnice. Vzhledem k tomu, že směrnice jsou závazné pro členské státy EU, kterým jsou adresovány, co do cílů, jichž má být jejich prostřednictvím dosaženo, vyvolává evropská novotvorba v oblasti přeměn společností zpravidla rovněž změny vnitrostátní právní úpravy této oblasti.

Key words in original language

přeměny, evropské právo, směrnice, právo společností

Abstract

The issue of the transformations of companies is not regulated by general legal framework but only some aspects of them transformation of companies are regulated. There are regulated only some types of transformation and only in connection with certain types of companies. The basic legal instruments are directives. Due to the fact that directives are binding on Member States only for purpose, directives have to be transformed into the national legislation and therefore cause changes in this area of national law.

Key words

transformation, European law, directives, company law

1. ÚVOD

Jak je všeobecně známo, pro právní řád České republiky má zásadní význam členství ČR v Evropské unii a z toho plynoucí vztah k právu EU. Evropská unie resp. dříve Evropské společenství¹ (dále jen "ES") je budována na principu nadstátnosti, subordinace členských států Evropské unii, tedy podřízení se její vůli v rozsahu na ní delegované pravomoci. V souvislosti s tím získala Evropská unie resp. dříve Evropské společenství

¹ Vstupem Lisabonské smlouvy v platnost dne 1. 12. 2009 je Evropská unie nástupkyní Společenství a jako takové jí je přiznána právní subjektivita (viz čl. 1. a čl. 47 Smlouvy o EU).

od členských států pravomoc vytvářet vlastní právní systém - právo EU², dříve komunitární právo. Jedná se o právní normy, které jsou závazné nejen pro členské státy, ale i pro jejich vnitrostátní subjekty – fyzické a právnické osoby. Právo EU můžeme členit na primární právo EU a sekundární právo EU.

Primární právo EU tvoří zakládací dokumenty Evropských společenství a jejich pozdější změny. Tyto smlouvy jsou svojí povahou pramenem mezinárodního práva veřejného, které stanoví základní institucionální strukturu Evropské unie a zakotvují zmocnění a proceduru pro vydávání pramenů sekundárního práva, které s nimi musí být v souladu. Pravidla primárního práva představují jakousi "ústavu" Evropské unie a jsou za podmínek stanovených zejména judikaturou Soudního dvora EU (dříve Evropského soudního dvora, dále jen "ESD")³ v členských státech bezprostředně aplikovatelná a jednotlivci se jich tak mohou přímo dovolávat. V tomto případě tedy není nutná transformace do národního práva, neboť tyto prameny jsou přímo závazné i pro soukromé subjekty a jsou tak považovány také za prameny národního práva.

Sekundární právo EU je tvořeno akty institucí Evropské unie, které mohou být vydávány jen na základě konkrétního ustanovení primárního práva, v němž mají svůj právní základ. Právní akty sekundárního práva musí být jako akty nižší právní síly v souladu se všemi prameny primárního práva. V rámci sekundárních pramenů práva EU rozlišujeme nařízení, směrnice, rozhodnutí, doporučení a stanoviska.

Nařízení jsou závazná ve všech členských státech a vznikají z nich práva a povinnosti jak členským státům, tak také fyzickým a právnickým osobám na jejich území. Jejich ustanovení vyvolávají bezprostřední účinek bez nutnosti transpozice nařízení do národního práva např. ve formě zákona nebo vyhlášky. Nařízení je nástrojem sjednocení (unifikace) právní úpravy v členských státech.

Směrnice jsou závazné pro členské státy, kterým jsou adresovány, a to co do cílů, jichž má být jejich prostřednictvím dosaženo. Forma a metoda dosažení těchto cílů je ponechána na vůli státu. Směrnice obsahují lhůtu, do jejíhož uplynutí musí být zapracovány (implementovány) do vnitrostátního právního řádu. Není-li tak učiněno, porušuje členský stát právo EU a může být sankcionován. Směrnice je třeba chápat jako nástroj sbližování právních úprav jednotlivých členských států, nikoliv jejich unifikace. Členské státy

² V rámci společné zahraniční a bezpečnostní politiky (SZBP) existují zvláštní prameny sekundárního práva. Pro účely tohoto eseje bude od společné zahraniční a bezpečnostní politiky (oblast bývalého druhého pilíře) a zvláštních pramenů sekundárního práva odhlédnuto a pojem "právo EU" je užíván ve smyslu dříve užívaného pojmu "komunitární právo".

³ Evropský soudní dvůr byl Lisabonskou smlouvou přejmenován na Soudní dvůr EU.

jsou vázány účelem uvedeným v textu směrnice a k jeho realizaci mohou využít libovolných prostředků a forem národního práva. Transponované normy se stávají součástí vnitrostátního právního řádu členského státu a zachovávají si národní charakter.

Specifickým pramenem práva EU jsou rozhodnutí Soudního dvora EU resp. dříve Evropského soudního dvora. Zřejmě hlavní funkci Soudního dvora EU resp. ESD je třeba spatřovat v zajišťování a dodržování práva při výkladu a provádění práva EU resp. dříve komunitárních předpisů. Soulad s právem je chápán široce. Jedná se nejen o soulad se striktně formulovanými pravidly, ale i o soulad s duchem, smyslem a účelem zřizovacích smluv a pramenů sekundárního práva⁴. Soudní dvůr EU resp. ESD svými rozhodnutími zajišťuje autoritativní výklad zřizovacích smluv a aktů evropských institucí, zaplňuje mezery psaného práva EU a dovozuje obecné zásady právní. Judikatura Soudního dvora EU resp. ESD však není pramenem práva z hlediska své právní formy, nýbrž z hlediska svého obsahu. Jedná se tedy o její faktickou, nikoli formálně právní závaznost.

Právní řád ČR jako členského státu EU se tedy vzhledem k výše uvedeným skutečnostem vyznačuje tím, že právo EU proniká celým českým právním řádem, obchodní právo nevyjímaje⁵. Stejně jako v ostatních oblastech českého práva, také v obchodním právu platí princip přednosti práva EU před právem vnitrostátním. Právo EU přímo či nepřímo působí téměř ve všech oblastech obchodního práva, přičemž míra ingerence je v jednotlivých oblastech rozdílná. Při analýze evropské resp. dříve komunitární normotvorby v oblasti přeměn společností je tedy zcela namístě zabývat se zároveň jejím dopadem na vnitrostátní právo.

2. EVROPSKÁ NORMOTVORBA V OBLASTI PŘEMĚN SPOLEČNOSTÍ A JEJÍ DOPAD NA ČESKÉ PRÁVO

Relativně obsáhlou část práva EU tvoří právní úprava společností, a proto v této souvislosti hovoříme o evropském právu společností jako o odvětví práva EU. V primárním právu EU má z hlediska právní úpravy společností význam především svoboda volného pohybu osob, která se u společností projevuje jako tzv. svoboda usazování se (viz čl. 49 a čl. 54 Smlouvy o fungování EU), a svoboda volného pohybu kapitálu⁶ (viz čl. 63 Smlouvy o fungování EU). V sekundárním právu EU je základním pramenem

⁴ Dědič, J., Čech, P. Obchodní právo po vstupu ČR do EU. 2. vydání. Praha : Bova Polygon, 2005, str. 21

⁵ blíže Dědič, J., Čech, P. Obchodní právo po vstupu ČR do EU. 2. vydání. Praha : Bova Polygon, 2005, str.3

⁶ Dědič, J., Čech, P. Evropské právo společností. 1. vydání. Praha : Bova Polygon, 2004, str. 10

užívaným v oblasti práva společností směrnice⁷. Forma nařízení se uplatňuje především jako nástroj právní úpravy nadnárodních forem společností (nařízení Rady 2137/1985/EHS o evropském hospodářském zájmovém sdružení, nařízení Rady 2157/2001/ES o statutu evropské společnosti, nařízení Rady 1435/2003/ES o statutu evropské družstevní společnosti).

Problematika přeměn společností není v právu EU řešena nějakou obecnou úpravou, ale regulace se zaměřuje pouze na některé typy přeměn a to pouze ve vztahu k určitým právním formám společností. Základními předpisy v této oblasti jsou:

- třetí směrnice Rady 78/855/EHS ze dne 9. října 1978, založená na čl. 54 odst. 3 písm. g) Smlouvy (o EHS), o (vnitrostátních) fúzích akciových společností (dále jen „Třetí směrnice“),
- šestá směrnice Rady 82/891/EHS ze dne 17. prosince 1982, založená na čl. 54 odst. 3 písm. g) Smlouvy (o EHS), o rozdělení akciových společností (dále jen „Šestá směrnice“),
- směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/56/ES ze dne 26. října 2005 o přeshraničních fúzích kapitálových společností (dále jen „Desátá směrnice“).

Účel Třetí směrnice je třeba spatřovat především v tom, že ochrana zájmů společníků a třetích osob při fúzi vyžaduje koordinaci právních předpisů členských států týkajících se fúzí akciových společností a že bylo vhodné zavést do právních řádů všech členských států institut fúze. V rámci zmíněné koordinace je zvláště důležité zajistit nejen přiměřenou a co nejobjektivnější informovanost akcionářů fúzujících společností, ale také přiměřenou ochranu jejich práv. Stejně tak věřitelé, včetně majitelů dluhopisů, a držitelé jiných cenných papírů fúzujících společností musí být chráněni před škodou způsobenou fúzí. Pro zajištění právní jistoty ve vztazích mezi dotčenými společnostmi, mezi těmito společnostmi a třetími osobami a mezi akcionáři je nutné omezit případy neplatnosti fúze a stanovit na jedné straně zásadu zjednání nápravy pokaždé, kdy je to možné, a na druhé straně krátkou lhůtu pro uplatnění neplatnosti fúze.

Vzhledem k tomu, že mezi operacemi fúze a rozdělení existují jisté podobnosti, byla zanedlouho po Třetí směrnice přijata také Šestá směrnice. Přijetí této směrnice mělo zabránit riziku obcházení záruk, které pro fúze stanovila Třetí směrnice, tím, že byla stanovena rovnocenná ochrana také pro případy rozdělení.

⁷ blíže Hodál, P., Alexander, J. Evropské právo obchodních společností. Praha : Linde, 2005, str. 23

Tato evropská normotvorba se pochopitelně musela projevit ve vnitrostátním právu členských států - uvedené směrnice musely být implementovány do národních právních řádů. Jako způsob uvedení českého práva do souladu s právem EU (resp. v té době komunitárním právem) byl v případě Třetí a Šesté směrnice zvolen legislativní postup, kdy podstatné principy těchto směrnic byly transponovány do zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku (dále jen ObchZ) v rámci příprav vstupu České republiky do ES/EU novelou obchodního zákoníku č. 370/2000 Sb. Tím bylo dosaženo, že s účinností od 1. 1. 2001 obchodní zákoník upravoval problematiku přeměn obchodních společností a družstev v souladu s Třetí a Šestou směrnicí.

Postupem času se stále více prosazovala myšlenka, aby mezi sebou spolupracovaly a reorganizovaly se kapitálové společnosti z různých členských států. Tyto společnosti se však při fúzích v rámci Evropské unie potýkaly s četnými právními a administrativními obtížemi. S cílem dotvoření a fungování jednotného trhu se proto zdálo být nezbytné přijmout právní úpravu Společenství, která usnadní provádění přeshraničních fúzí různých forem kapitálových společností, které se řídí právními řády různých členských států. Z těchto důvodů došlo k přijetí Desáté směrnice o přeshraničních fúzích kapitálových společností⁸. Základní myšlenka byla taková, že právní řády členských států by měly povolovat a upravovat přeshraniční fúzi kapitálové společnosti z jednoho členského státu s kapitálovou společností z jiného členského státu, jestliže vnitrostátní právo těchto členských států povoluje a upravuje fúze mezi společnostmi daných resp. obdobných právních forem. Vývoj evropské normotvorby v oblasti přeměn společností tedy pokračoval a dne 25. 11. 2005 byla v Úředním věstníku vydána Desátá směrnice, která nabyla účinnosti dne 15. 12. 2005. Členské státy byly povinny ji transponovat do svých národních právních řádů nejpozději do 15. 12. 2007.

Kromě Desáté směrnice byl v rámci ES/EU vydán rozsudek Evropského soudního dvora ve věci sp. zn. C-411/03 SEVIC Systems AG ze dne 13. 12. 2005, který patří mezi významné judikáty z hlediska aplikace svobody usazování a výkladu čl. 43 a 48 Smlouvy o založení Evropského společenství (dále jen „SES“) - nově se jedná o čl. 49 a čl. 54 Smlouvy o fungování EU. Jednalo se o rozsudek v rámci žaloby podané SEVIC Systems AG, společností se sídlem v Německu, proti rozhodnutí místního obvodního soudu, kterým byl zamítnut její návrh na zápis fúze mezi ní a Security Vision Concept SA, společností se sídlem v Lucemburku, do vnitrostátního (německého) obchodního rejstříku z důvodu, že německé právo týkající se přeměn společností upravuje fúzi pouze mezi společnostmi se sídlem v Německu. Smlouva o fúzi (sloučením) uzavřená mezi společnostmi SEVIC Systems AG a Security Vision Concept SA upravovala

⁸ Desátá směrnice se vztahuje rovněž na družstva.

zrušení společnosti Security Vision Concept SA bez likvidace a převod celého jejího jmění na společnost SEVIC, bez změny obchodní firmy této společnosti. ESD se tedy zabýval otázkou, zda články 43 a 48 SES musí být vykládány v tom smyslu, že je v rozporu se svobodou usazování společnosti zamítnout návrh na zápis – v souladu s ustanoveními německého zákona o přeměnách společností – fúze, kterou má v úmyslu uskutečnit evropská zahraniční společnost se společností německou, do německého obchodního rejstříku, protože ustanovení tohoto zákona upravuje přeměnu pouze u právních subjektů se sídlem v Německu.

V rozsudku se uvádí, že rozsah působnosti práva usazování zahrnuje každé opatření, které umožňuje nebo jen usnadňuje přístup do jiného členského státu, než je stát usazení, a výkon hospodářské činnosti v tomto státě tím, že umožňuje účinnou účast zúčastněných hospodářských subjektů na hospodářském životě uvedeného členského státu za stejných podmínek, jako jsou podmínky vztahující se na tuzemské hospodářské subjekty. Přeshraniční fúze, podobně jako jiné přeměny společností, odpovídají potřebám spolupráce a reorganizace společností usazených v různých členských státech. Představují zvláštní způsoby výkonu svobody usazování, které jsou důležité pro řádné fungování vnitřního trhu, a patří tedy k hospodářským činnostem, u nichž jsou členské státy povinny respektovat svobodu usazování upravenou v článku 43 SES. Články 43 SES a 48 SES brání tomu, aby byl v členském státě obecně odepřen zápis fúze uskutečněné zrušením společnosti bez likvidace a převodem celého jmění této společnosti na jinou společnost do vnitrostátního obchodního rejstříku, pokud má jedna z těchto dvou společností sídlo v jiném členském státě, zatímco takový zápis je možný, jsou-li dodrženy určité podmínky, pokud společnosti účastníci se fúze mají obě sídlo na území prvního členského státu. Takové rozdílné zacházení může být připuštěno pouze tehdy, pokud sleduje legitimní cíl slučitelný se Smlouvou o založení Evropského společenství a pokud je odůvodněno naléhavými důvody obecného zájmu, jako je ochrana zájmů věřitelů, menšinových společníků a zaměstnanců, jakož i zachování účinnosti daňových kontrol a poctivosti obchodních transakcí. Krom toho je nezbytné, aby bylo uplatňování takového rozdílu v zacházení způsobilé zaručit uskutečnění takto sledovaných cílů a nepřekračovalo meze toho, co je k dosažení těchto cílů nezbytné.

Podle rozsudku ve věci SEVIC Systems tedy členský stát nesmí upírat svým společnostem práva, jež jim plynou ze svobody usazování, což plyne z priority komunitárního práva ES/EU. Již tento rozsudek tedy v podstatě znamenal možnost realizovat přeshraniční fúze a Desátá směrnice resp. její implementace do národních právních řádů stanovila pravidla a postupy při jejich provádění pro kapitálové společnosti. Ostatně v souladu s tím Desátá směrnice uvádí, že má usnadnit a nikoliv dovolit přeshraniční fúze.

Český obchodní zákoník uskutečňování přeshraničních fúzi neumožňoval, což bylo kromě výše uvedeného v rozporu také s objektivním

celospolečenským zájmem na funkčním a výkonném národním hospodářství. Takový stav totiž zpravidla významně prodražuje a komplikuje podnikatelské aktivity. Podnikatelé jsou pak nuceni volit jiné právně relevantní způsoby, jak dosáhnout potřebné mobility a efektivity podnikání. Vzhledem k tomu bylo připuštění a právní úprava přeshraničních fúzí i v zájmu podnikatelského sektoru.

Nutnost transpozice Desáté směrnice do vnitrostátních právních řádů představovala v případě českého práva vzhledem k danému normativnímu stavu poměrně obtížně řešitelný problém, neboť Desátá směrnice vytvářela určitý konzistentní systém zdánlivě dosti podobný vnitrostátním fúzím, avšak ve skutečnosti v celé řadě aspektů naopak od vnitrostátních fúzí odlišný. Věcně se nabízely tři možnosti, jak provedení transpozice Desáté směrnice legislativně zajistit. Prvou z nich bylo opět začlenění úpravy do obchodního zákoníku. Další novelizace obchodního zákoníku by však pravděpodobně vedla k prohloubení nepřehlednosti právní úpravy. Jistým problémem se také zdálo být začlenit do obchodního zákoníku problematiku zapojení zaměstnanců při přeshraniční fúzi, která systematicky do obchodního zákoníku nepatří, a která je navíc velmi složitá a obsáhlá.

Druhou možností bylo přijetí zákona o přeshraničních fúzích. Z koncepčního hlediska by toto řešení znamenalo, že – při subsidiaritě obchodního zákoníku jakožto základního předpisu obchodního práva – by bylo třeba vzhledem k potřebě udržení vzájemných vazeb provést celkovou revizi přinejmenším části právní úpravy přeměn, protože jinak by oba předpisy nebyly vzájemně sladěné. Uvedené řešení se zdálo být nevhodné i z důvodu plánované rekodifikace občanského a obchodního práva, neboť v takovém případě by bylo nutné zákon o přeshraničních fúzích podstatně novelizovat či dokonce zrušit a započít s implementačními pracemi od samého počátku.

Konečně třetím legislativním řešením, které se nakonec zdálo být nejvhodnější, bylo přijetí samostatného zákona o přeměnách obchodních společností a družstev. Obecná právní úprava přeměn obchodních společností a družstev v podobě samostatného zákona vznikla tím způsobem, že s účinností k 1. 7. 2008 se zákonem č. 126/2008 Sb. zrušila dosavadní ustanovení obchodního zákoníku, jež upravovala přeměny obchodních společností a družstev, a současně se tato problematika nahradila úpravou obsaženou v zákoně č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev (dále jen „ZPOSD“). Obchodní zákoník však nadále reguluje, jaké skutečnosti se zapisují v souvislosti s přeměnami obchodních společností a družstev do obchodního rejstříku (viz § 38 až 38e ObchZ), vymezuje listiny, které se při té příležitosti ukládají do sbírky listin rejstříkového soudu [viz § 38i odst. 1 písm. d) až g) ObchZ], upravuje zánik obchodní společnosti či družstva při přeshraniční fúzi (§ 68 odst. 1 a 254 ObchZ).

Desátá směrnice ve vztahu k českému právnímu řádu požadovala usnadnit provádění přeshraničních fúzí společností s ručením omezeným, akciových společností a družstev. Avšak ZPOSD v duchu výše citovaného judikátu SEVIC ve snaze o alespoň minimální liberalizaci podnikatelského prostředí a vzhledem k nutnosti naplnění principu svobody usazování obchodních společností a družstev podle čl. 43 a 48 Smlouvy o založení Evropského společenství (nově čl. 49 a 54 Smlouvy o fungování EU) připouští i přeshraniční fúze veřejné obchodní společnosti a komanditní společnosti. Tato úprava též koresponduje s doporučením Komise ES/EU, která považovala za vhodné, aby členské státy ES/EU jakož i ostatní státy Evropského hospodářského prostoru (dále jen „EHP“) i nad rámec Desáté směrnice dovolily ve svých národních právních předpisech realizaci přeshraničních fúzí také pro další formy obchodních společností a vyzývala členské státy ES/EU k co možná nejširší sdružovací svobodě obchodních společností.

3. PŘEMĚNY SPOLEČNOSTÍ A NADNÁRODNÍ FORMY SPOLEČNOSTÍ

Při analýze evropské normotvorby v oblasti přeměn společností je třeba rovněž zmínit předpisy, které upravují některé nadnárodní formy společností. Jedná se o následující předpisy:

- nařízení Rady 2157/2001/ES o statutu evropské společnosti (dále jen „NoSE“),
- směrnice Rady č. 2001/86/ES, kterou se doplňuje statut evropské společnosti s ohledem na zapojení zaměstnanců,
- nařízení Rady 1435/2003/ES o statutu evropské družstevní společnosti (dále jen „NoSCE“),
- směrnice Rady 2003/72/ES, kterou se doplňuje statut evropské družstevní společnosti s ohledem na zapojení zaměstnanců

Je třeba si totiž uvědomit, jakým způsobem je možné evropskou společnost resp. evropskou družstevní společnost založit.

V případě evropské společnosti vymezuje článek 2 NoSE taxativně způsoby, jakými lze evropskou společnost založit. Vyplývá z něj, že evropskou společnost není možné založit „na zelené louce“, ale pouze v rámci reorganizace vybraných existujících forem podnikání, a to navíc jen těch, jejichž působení vykazuje nějaký nadnárodní prvek. Existuje 5 povolených způsobů založení SE, přičemž jedním z nich je fúze dvou či více akciových nebo evropských společností, které jsou založeny podle práv členských států EU a mají (zapsané) sídlo i hlavní správu (správní ústředí) v EU, pokud nejméně dvě z nich podléhají národním právním předpisům

různých členských států. Článek 2 NoSE rovněž stanoví, že akciová společnost založená podle práva členského státu, která má sídlo a správní ústředí v EU, může být přeměněna na SE, pokud má alespoň dva roky dceřinou společností řídicí se právem jiného členského státu.

Podle článku 2 NoSCE může být evropská družstevní společnost založena mimo jiné

- fúzí družstev založených podle práva členského státu, která mají sídlo i správní ústředí v EU, řídí-li se alespoň dvě tato družstva právem různých členských států,
- přeměnou družstva založeného podle práva členského státu, které má sídlo i správní ústředí v EU, pokud má po dobu alespoň dvou let provozovnu nebo dceřinou společností řídicí se právem jiného členského státu.

3.1 NADNÁRODNÍ FÚZE

Mezi evropskými předpisy upravujícími přeměny společností a evropskými předpisy upravujícími nadnárodní formy společností existuje v určitých případech značná provázanost, kterou je možné demonstrovat například na pojmu „nadnárodní fúze“.

Pojem „nadnárodní fúze“ je v nejobecnější rovině třeba chápat jako fúzi, která se podřizuje více právním řádům, neboť se jí účastní společnosti s odlišným osobním statutem⁹ – jejich vnitřní poměry se řídí různým právem (zpravidla se bude jednat o právní řád státu, kde má společnost (zapsané) sídlo). V rámci českého právního řádu bylo možné poprvé realizovat nadnárodní fúzi díky Nařízení o SE, jehož ustanovení nabyla účinnosti a jsou tedy přímo aplikovatelná v jednotlivých členských státech EU od 8. října 2004. Na základě tohoto nařízení je možné uskutečnit nadnárodní fúzi dvou či více akciových (nebo evropských) společností z různých členských států EU za podmínky, že nástupnická společnost musí mít právní formu SE. Založení SE tedy po řadu let představovalo jediný možný resp. jediný výslovně upravený způsob realizace nadnárodní fúze.

Jak již bylo uvedeno, vývoj práva EU (resp. v té době komunitárního práva) v oblasti práva společností resp. přeměn společností pokračoval dál a dne 15. 12. 2005 nabyla účinnosti Desátá směrnice, jejíž základní myšlenka byla taková, že právní řády členských států (resp. států EHP) by měly usnadnit provádění přeshraničních fúzí různých forem kapitálových společností, které se řídí právními řády různých členských států. Měly by povolovat a

⁹ Čech, P. Systém nadnárodních fúzí v platném právu. Zpravodaj Jednoty českých právníků, roč. 19, 2009, č. 1, str. 29

upravovat přeshraniční fúzi kapitálové společnosti z jednoho členského státu s kapitálovou společností z jiného členského státu, jestliže vnitrostátní právo těchto členských států povoluje a upravuje fúze mezi společnostmi daných resp. obdobných právních forem.

Členské státy byly povinny transponovat Desátou směrnicí do svých národních právních řádů nejpozději do 15. 12. 2007. Český zákonodárce tento termín nedodržel, neboť k implementaci Desáté směrnice do českého právního řádu došlo až k 1. 7. 2008 účinností ZPOSD. Přijetí právní úpravy přeshraniční fúze znamenalo, že jedna z nejvýznamnějších výhod Nařízení o SE spočívající v možnosti realizovat nadnárodní fúzi tak do značné míry ztratila svou váhu. Právní úprava přeshraniční fúze obsažená v Desáté směrnici a následně v ZPOSD totiž v rozhodující míře vychází z ustanovení NoSE o založení evropské společnosti nadnárodní fúzí.

Na rozdíl od právní úpravy založení SE nadnárodní fúzí společnost, která je výsledkem přeshraniční fúze akciových společností, nemusí mít právní formu SE. Navíc ZPOSD umožňuje jak v rámci vnitrostátní fúze, tak za určitých podmínek také při přeshraniční fúzi, provádět tzv. křížové fúze. Jedná se o fúze akciových společností (resp. společností obdobné právní formy, např. AG) se společnostmi s ručením omezeným (resp. jim odpovídajícími zahraničními právními formami společností, např. GmbH). Je zřejmé, že právní úprava obsažená v Desáté směrnici a na ni navazující vnitrostátní právní úprava přeshraniční fúze nabízejí rozmanitější škálu možností realizovat fúzi než Nařízení o SE. K zakládání SE za účelem uskutečnění nadnárodní fúze tedy již zřejmě není podstatnější důvod.

4. ZÁVĚR

Problematika přeměn společností není v právu EU řešena obecnou úpravou, ale regulace se zaměřuje pouze na některé typy přeměn a to pouze ve vztahu k určitým právním formám společností. Základními předpisy práva EU v této oblasti jsou směrnice. Vzhledem k tomu, že směrnice jsou závazné pro členské státy EU, kterým jsou adresovány, co do cílů, jichž má být jejich prostřednictvím dosaženo, vyvolává evropská novotvorba v oblasti přeměn společností zpravidla rovněž změny vnitrostátní právní úpravy této oblasti.

Při analýze evropské normotvorby v oblasti přeměn společností je třeba zaměřit pozornost také na předpisy, které upravují některé nadnárodní formy společností, neboť určité způsoby založení některých nadnárodních forem společností jsou ve své podstatě přeměnou.

Mezi evropskými předpisy upravujícími přeměny společností a evropskými předpisy upravujícími nadnárodní formy společností existuje v určitých případech značná provázanost.

Je možné očekávat, že evropská normotvorba v oblasti přeměn společností neřekla svoje poslední slovo. Významnou roli zde hraje judikatura ESD

resp. Soudního dvora EU a snaha o liberalizaci podnikatelského prostředí a nutnost naplnění principu svobody usazování obchodních společností a družstev. Důležitý je rovněž postoj Komise EU, která považuje za vhodné, aby členské státy EU i nad rámec Desáté směrnice dovolily ve svých národních právních předpisech realizaci přeshraničních fúzí také pro další formy obchodních společností, čímž vyzvala členské státy EU k co možná nejširší sdružovací svobodě obchodních společností. V souvislosti s problematikou přeměn společností nelze opomenout ani oblast nadnárodních forem společností a její případný další rozvoj.

Literature:

- Čech, P. Systém nadnárodních fúzí v platném právu. Zpravodaj Jednoty českých právníků, roč. 19, 2009, č. 1, s. 29-44.
- Dědič, J., Čech, P. Evropské právo společností. 1. vydání. Praha : Bova Polygon, 2004. 531 s. ISBN 80-7273-110-6.
- Dědič, J., Čech, P. Obchodní právo po vstupu ČR do EU. 2. vydání. Praha : Bova Polygon, 2005. 485 s. ISBN 80-7273-122-X.
- Hodál, P., Alexander, J. Evropské právo obchodních společností. Praha : Linde, 2005. 267 s. ISBN 80-7201-520-6.

Contact – email

jancadilek@seznam.cz

PRECEDENT V INVESTIČNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ

FILIP ČERNÝ

Law offices Bělohávek & Law Faculty of Charles University in Prague
(Department of Commercial Law, Czech Republic)

Abstract in original language

Autor předkládá krátkou stať zabývající se stále diskutovaným tématem existence precedenčního systému v rámci investičního rozhodčího řízení. S ohledem na specifickou povahu investičních rozhodčích řízení, které se nacházejí na pomezí mezi soukromým, veřejným, národním a mezinárodním právem, přičemž zahrnují právní prameny ze všech těchto oblastí, je odpověď na otázku, zda zde prakticky existuje systém závazných rozhodnutí komplikovaná. Auto se pokusí demonstrovat na rozhodovací praxi Střediska ICSID důvody, proč takový systém formálně neexistuje, přičemž se pokusí zmapovat faktické fungování referenčního rámce vydaných rozhodnutí běžně využívaného rozhodci.

Key words in original language

Investice - ochrana investic – Středisko ICSID - Washingtonská Úmluva – Precedent - měkký precedent - Investiční rozhodčí řízení.

Abstract

Author provides a short essay concerning with the evergreen topic of the precedents in Investment Treaty Arbitration. Given by the specifics of the investment protection system standing on the small edge between private, public, national and international law including all sources of law of these systems, is the answer to the question: is there a factual doctrine of precedent in investment treaty arbitration, complicated. Author demonstrates on the case law of the most developed system for the dispute resolution among the states and nationals of the other states (ICSID) the reasons for the non-existence of the precedential system. Simultaneously, author sketches the factual functioning of the referential framework of the previously Publisher decision regularly exploited by the arbitrators.

Key words

Investment – Investment protection - ICSID Centre - Washington Convention – Precedent - Soft Precedent

PRECEDENT V INVESTIČNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ

Problematika sporů z investic je velmi komplikovanou a současně komplexní disciplínou. Důvodem této komplikovanosti je především skutečnost, že systém ochrany investic je založen na diagonálních právních vztazích¹, tj. vztazích založených mezinárodní smlouvou (většinou dohodou o podpoře a ochraně investic- dále jen jako „BIT“²) mezi suverénními entitami mezinárodního práva veřejného (státy), v rámci kterých jsou určitá práva a mechanismy ochrany designována pro účely ochrany soukromoprávních subjektů (tedy non-subjektů dle mezinárodního práva veřejného).

Tyto soukromoprávní subjekty (investoři) pak na základě mechanismů zakotvených v příslušných mezinárodně právních instrumentech veřejného práva, mezi které lze řadit i způsob řešení sporů z investic mezi investorem a hostitelským státem, uplatňují své nároky plynoucí z porušení závazku mezinárodního práva veřejného vůči hostitelskému státu a to před fórem, které je určeno v příslušné BIT. Komplexita řešeného sporu (pakliže odhlédneme od faktické komplexity investičních celků umístěvaných na cizím území jako takových) pak mimo jiné vyplývá z použitelného práva pro řešení sporu z investic, které zahrnuje kombinaci vnitrostátního práva (dotčeného státu), příslušné dohody o podpoře a ochraně investic, specifických dohod týkajících se příslušné investice a obecných zásad mezinárodního práva veřejného³. Zcela samostatnou kapitolou je pak otázka aplikace procesních norem, které závisejí na možnostech řešení sporu, tak jak je stanoví rozhodčí doložka v příslušné BIT.

V tomto příspěvku se budeme zabývat otázkou, zda vůbec a do jaké míry je možné rozhodnutí investičních rozhodčích tribunálů považovat za obecně závazné, přičemž autor analyzuje (polemizuje se) stávající rozhodovací praxí soudních tribunálů (především s ohledem na rozhodovací praxi Střediska ICSID, které jako jediné všechny své rozhodnutí zveřejňuje) a poukáže na některé negativní vlivy doprovázející fenomén (ne)existence precedenčních rozhodnutí v investičním rozhodčím řízení.

Nastínění problému

¹ K tomuto tématu srovnej KVĚTOSLAV RŮŽIČKA, *DIAGONÁLNÍ SMLOUVY V PROCESU SOCIALISTICKÉ EKONOMICKÉ INTEGRACE*, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica. Monographia, Praha: Karlova Univerzita (1988).

² Zažitá zkratka z anglického názvu (B)ilateral (I)vestment (T)reaty, či v množném čísle pak (T)reatie(s).

³ Srovnej například ustanovení čl. 8 odst. 6 Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic z 29. Dubna 191, publikováno ve sbírce zákonů pod č. 569/1992Sb.

I když se za poslední dekádu množství sporů vedených pro porušení BITs mnohonásobně rozrostl, přeci jen se jedná o oblast, jež je pro investory velice finančně náročná,⁴ tudíž některé otázky se před rozhodčími tribunály operujícími na rozdílných platformách, respektive podle rozdílných rozhodčích pravidel objevují prvně, zatímco „jinde“ byly již dříve řešeny. Je však možné k rozhodnutím vydaným v rámci jiných řízení (na základě odlišné BIT) dle rozdílných rozhodčích pravidel přihlížet či odkazovat, a pokud ano, tak v jakém rozsahu?

Je tedy třeba vymezit obecný *modus operandi* vzájemných vztahů mezi jednotlivými nálezy týkajícími se porušení BITs⁵ (vydaných na základě rozdílných procesních pravidel).

Otázka závaznosti rozhodnutí mezinárodních tribunálů je pro investora navýsost palčivá v případě, kdy je třeba v případě zvažování zahájení investičního rozhodčího řízení provést evaluaci potenciálního výsledku sporu, přičemž při hodnocení svého úspěchu může vycházet pouze z předcházející judikatury investičních rozhodčích tribunálů- otázka určité minimální úrovně právní jistoty je zde tedy skutečně nasnadě.

Precedenční povaha rozhodnutí v mezinárodním právu veřejném: formální pohled

Jelikož jednotlivé nálezy jsou vydávány různými rozhodčími institucemi, rozhodujícími na základě rozdílných procesních a fakticky i hmotných norem, je otázkou zda je vůbec možné na ně nahlížet jako na autoritativní rozhodnutí mající závaznost zasahující dále než jen *inter partes*. Skutečností však je, že investiční rozhodčí senáty, zahrnující i senáty ICSID, odkazují na rozhodnutí předchozích senátů v nejvyšší možné míře⁶. Zajímavou skutečností ovšem je, že sama Washingtonská Úmluva⁷ výslovně ve svém

⁴ Pouze namátkou z poslední doby (nález o odmítnutí příslušnosti rozhodčího soudu vydán 15.dubna 2009) spor *Phoenix Action, Ltd.v. Czech Republic*, ICISD Case No. ARB/06/5, Final Award of April 15, 2009, kde pouze za fázi jednání o příslušnosti přiznal soud České republice náhradu nákladů právního zastoupení a výdajů spolu s částí poplatku za řízení ve výši 21.417.199.13,-Kč.

⁵ Pozorný čtenář si jistě všimne záměrně užitého množného čísla. Kritické možnosti existence precedenčního, či jistou terminologickou lehkostí řečeno „referenčního“ systému právě nejčastěji poukazují na skutečnost, že není možné zakládat systém závazných rozhodnutí založených na různých, i když v jádru stejnou věc upravujících BITs. Striktně vzato by pak bylo možné vytvářet závazný systém jen na základě rozhodnutí vydaných podle stejných procesních pravidel, což už z důvodů zajištění určité předvidatelnosti systému není možné.

⁶ Christoph Schreuer, Matthew Weiniger, *A Doctrine of Precedent?* in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, New York: Oxford University Press 1189 (P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, eds. 2008).

⁷ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, uzavřena dne 18. března 1965, 457 U.N.T.S 195 (Úmluva o řešení sporů

ustanovení čl. 53 odst. 1 uvádí, že „nález bude závazný pro strany...“⁸, což pouze potvrzuje závaznost nálezů *inter partes*. Navíc, každý z rozhodčích senátů je konstituován ad hoc na základě vůle stran. Nelze tedy předpokládat, že by tento „systém“ fungoval podobně, jako fungují vnitrostátní soudní systémy.

Obdobně se k této otázce staví i například statut Mezinárodního soudního dvora, který v čl. 59 výslovně stanoví, že rozhodnutí soudu není závazné pro nikoho jiného, než pro strany sporu s ohledem na daný případ.⁹ Toto zdůraznění závaznosti *inter partes* pak potvrzuje pouze skutečnost, že existence *de jure* precedenčního systému analogického systému užívaného v jurisdikcích *Common Law*, respektive doktríny *stare decisis* jakožto základního kamene precedenčního systému v mezinárodním právu veřejném, potažmo v jeho partikulární oblasti ochrany investic neexistuje.¹⁰

Skutečnost je ale jiná, a investiční rozhodčí senáty pravidelně odkazují na rozhodnutí předcházejících senátů. Jaká je tedy povaha těchto odkazů a především jejich váha pro subjekty stojící extra partes?

Právo ochrany investic je součástí partikulárního mezinárodního práva, a jako takové je tedy právem bez vnitřní hierarchie dané svrchovanou zákonodárnou, potažmo soudní mocí, je pak tedy v souvislosti s otázkou závaznosti daných rozhodnutí se třeba dotazovat, zda výše nastíněné nedostatky jsou opravdu závadou, jež by znemožňovala považovat rozhodnutí z jistého hlediska za precedentní per se.

Autor tohoto příspěvku se domnívá, že ano, neboť systém mezinárodního práva veřejného, i když absentuje svrchovaného zákonodárce stejně jako hierarchizovanou soustavu soudů, je založen na maximě souhlasu (konsensu) účastníků tohoto systému (především pak států), kteří vytvářejí

z investic mezi státy a občany druhých států, v ČSFR vyhlášena sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb.).

⁸ Originální znění čl. 53 odst.1 Washingtonské Úmluvy:

„The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.“

⁹ Originální znění čl. 59 Statutu MSD:

„The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.“

¹⁰ Tak tento fakt interpretují i přední odborníci v oboru. Srovnej CHRISTOPH SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY*, Cambridge: Cambridge University Press, 1082 (2001), obdobně CAMBELL McLACHLAN, LAURENCE SHORE, MATTHEW WEINIGER, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES*, New York: Oxford University Press, 71, marg. 3.85 (2007).

system, jehož meze jsou stanoveny právě rozsahem souhlasu ohledně příslušných otázek, zakotveným v mezinárodním smluvním či obyčejovém právu. Z tohoto hlediska je pak zřejmé, že pokud dva specifičtí účastníci systému dospějí ke konsensu ohledně řešení příslušného sporu plynoucího z příslušné dohody (smluvního instrumentu mezinárodního práva veřejného), je zřejmé, že výsledek takového sporu bude zavazovat pouze tyto strany (státy) s ohledem na tento daný spor. Vytváření paralel s takovýmto sporem (byť i interpretačních) v případě sporu jiných subjektů by totiž mohlo být považováno za zásah do svrchované rovnosti států jakožto účastníků systému mezinárodního práva veřejného.

Teoretická východiska rozhodovací praxe rozhodčích senátů

V případě rozhodovací činnosti senátů rozhodujících spory z investic je situace poněkud odlišná a to z především z důvodu, že i když se *stricto sensu* jedná o jedinečné dohody,¹¹ dojednané mezi jednotlivými státy za odlišných podmínek¹², většina z nich kopíruje určitou modelovou dohodu¹³, tj. v závislosti na rozšiřování BITs v devadesátých letech minulého století

¹¹ Jelikož aktuální čísla nejsou známa, lze současný stav zřejmě pouze odhadovat, ovšem dle UNCTAD bylo na počátku roku 2006 platných a účinných přes 2500 BITs, blíže viz UNCTAD, The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs), 3 IIA MONITOR 2 (2006), (dále jen jako „UNCTAD Report“).

¹² V tomto ohledu bude jistě z pohledu ČR zajímavé sledovat vývoj „bytí“ dohod, které byly uzavřeny za dob společného Československa respektive federace, a které sukcedovaly po rozpadu federace na oba nově vzniknuvší státy. V tomto ohledu se totiž jedná vcelku o jedinečný fenomén, který jde proti výše uvedenému, neboť tyto dohody byly dojednány v době, kdy ČR a SR byly jedním státem, tudíž teoreticky by byly rozhodnutí vydaná na základě dohody zavazující jeden stát (respektive výklad a interpretace institutů zakotvených v takové BIT) analogicky aplikovatelné i na případné spory ohledně ochrany investic v druhém státě dle druhé dohody, která je ovšem totožnou s BIT originální. Z tohoto hlediska by jistě pak byly odkazy na rozhodnutí vydaná podle jedné dohody při interpretaci dohody druhé nejbližší k legitimnímu vytvoření výkladových pravidel aplikovatelných obecně na příslušnou dohodu.

¹³ Za „matku všech BITs“ lze považovat OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property z roku 1962, která obsahovala základní kostru obsahu BITs (zacházení se zahraniční investicí, vyvlastění, řešení sporů, etc.), které z ní velmi často a extenzivně čerpaly. Text této dohody dostupný v el. podobě na: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf> (naposledy navštíveno dne 15.května 2011). Za zmínku stojí také další významné modelové dohody jednotlivých kapitál exportujících států, které jsou oproti tomuto pravzoru specificky modifikované s ohledem na definice, rozsah standardů ochrany, řešení sporů apod., a to s ohledem na politické hospodářské postavení příslušného státu. Takovými státy s vlastní specifickou a aktuální modelovou BIT jsou například USA (2004), v el. podobě dostupná na: <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> (naposledy navštíveno dne 15.května 2011), nebo například Kanada (FIPA, 2003) http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/what_fipa.aspx?lang=en#structure&menu_id=45 (naposledy navštíveno dne 15.května 2011).

došlo k rozmachu BITs ze stovek na tisíce¹⁴, přičemž však původní dohody vycházely právě z modelu OECD, přičemž docházelo ke kumulativnímu kopírování a vytváření určitých kvazi-modelů na základě této základní modelové dohody. Výsledkem je skutečnost, že drtivá většina BITs mají obdobnou strukturu respektive obsah, odrážející základní prvky ochrany investorů a jejich investic, jakož i jednotlivé specifické instituty¹⁵ vlastní této právní oblasti.

Z tohoto hlediska je pak pochopitelný přístup praxe investičních rozhodčích senátů při snaze vytvářet systém rozhodnutí, jež svou povahou alespoň připomínají precedenční rozhodnutí, respektive, jejichž použití za hranicemi *inter partes* závaznosti tomu alespoň nasvědčuje. Tato skutečnost je dána taktéž tím, že investor (subjekt, který v drtivé většině zahajuje investiční rozhodčí řízení), jenž byl poškozen jednáním suverénního státu by jistě rád zhodnotil své šance na úspěch v případném sporu na základě předcházejících rozhodnutí vydaných v obdobných sporech, neboť investiční arbitráž je nejen časově ale taktéž finančně nákladná záležitost. Totéž samozřejmě platí i o hostitelských státech, které by rády na základě příslušné rozhodovací praxe taktéž rády hodnotily své šance na úspěch v příslušném sporu, resp. potenciálně se mu vyhnuly v případě, že by z jejich strany skutečně došlo k pochybení a spor by bylo možné vyřešit smírně v rámci obligatorní lhůty pro smírné řešení sporů stanovené většinou BITs.¹⁶ Prvek předvídatelnosti a jisté právní jistoty zde tudíž hraje významnou roli pro jednotlivé aktéry s ohledem na rozhodnutí, zda se rozhodnou svěřit svůj spor mezinárodnímu investičnímu tribunálu či nikoliv.

Není tedy zřejmě možné hovořit o precedenční povaze rozhodnutí jako takové ve smyslu právního systému *Common Law*, na druhou stranu je třeba mít na paměti, že velké množství rozhodců praktikujících v dané oblasti pochází z této právní kultury a tento způsob rozhodování je jím vlastní. Jak však již bylo uvedeno, nedokonalost mezinárodního právního systému postrádajícího hierarchizovanou strukturu soudů vylučuje aplikaci doktríny *stare decisis* v její úplnosti. Z praktického hlediska je tedy možné konstatovat, že zde existuje funkční systém quasi-precedenčních rozhodnutí, na jejichž základě mohou rozhodci dále postupovat při rozhodování investičních sporů a stabilizovat tak předmětný systém a to formou

¹⁴ Viz UNCTAD Report, tabulka č. 1, str.3.

¹⁵ Jakými jsou například tzv. „*fork in the road clause*“, která umožňuje investorovi vybrat si, zda svůj nárok uplatní před investičním rozhodčím senátem nebo před vnitrostátními soudy hostitelského státu- volba jednoho způsobu řešení spor pak vylučuje aplikaci druhého způsobu; dalším je např. „*most favourite nation clause*“, jinak doložka nejvyšších výhod (standard ochrany), která umožňuje investorovi dožadovat se vyššího standardu ochrany, který plyne z jakékoliv BIT, kterou uzavřel hostitelský stát s třetím státem, etc.

¹⁶ Tzv. *cooling off period*, jež bývá ohraničena většinou lhůtou šesti měsíců, v rámci které mají strany potenciálního sporu usilovat o smírné vyřešení sporu.

zpřesňujícího výkladu obecných ustanovení BITs. To je dáno především tím, že samy BIT i ostatní prameny mezinárodního práva jsou normami nedokonalými, respektive se jedná o normy, jež mají povahu smluv vyjadřujících konsensus smluvních stran. Právo vytvářené na bázi konsensu tak musí nutně obsahovat velké množství obecných a relativně neurčitých definic (např. standardy ochrany), jež není možné definovat precizně, což je však nutné provést v rámci případného sporu a s ohledem na všechny okolnosti daného případu pak obecné normy zakotvené v příslušné BIT konkretizovat, přičemž podobnost struktury jednotlivých BITs přímo nabádá k využívání předcházejících rozhodnutí tímto referenčním způsobem. Rozhodčí nálezy lze totiž považovat za podpůrný prostředek interpretace a výkladu mezinárodního práva ve smyslu čl. 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora, jež stanoví prameny mezinárodního práva.

Je třeba se však vyrovnat se skutečností, že každé rozhodnutí je svým způsobem jedinečné, neboť aplikuje mezinárodní úmluvu na jedinečný spor rozhodovaný dle odlišných pravidel buď zvolených stranami sporu, nebo na základě pravidel příslušného tribunálu, jež se vzájemně liší od pravidel tribunálů ostatních. Domnívám se však, že tato skutečnost není na překážku, jelikož obsahem takovýchto nálezů je především argumentace rozhodců, v rámci které dochází k rozvíjení předmětných doktrín, přičemž vzájemně jsou tyto rozhodnutí zohledňována referenčně, tedy obdobně jako podpůrné prameny mezinárodního práva veřejného dle čl. 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora.

Z hmotně- právního hlediska jsou pak odlišnosti, jimiž jsou nadány jednotlivé BITs a předmětné případy předkládané před mezinárodní rozhodčí tribunály jsou tak spíše marginální, neboť jádrem je právě výklad daných standardů. K podobnému závěru dospěl i Cheng¹⁷, který navrhuje, poté co dochází k názoru, že precedenční systém v rámci investičních sporů existuje, přičemž je však kontrolován nikoliv hierarchickou strukturou závaznosti precedentů ale spíše zevnitř ze strany rozhodců, že ideální pro hodnocení a analýzu jednotlivých případů z hlediska jejich precedenční závaznosti je především srovnávání nálezů co do rozhodnutí a argumentace týkající se jednotlivých institutů ochrany, než srovnávání jednotlivých případů *en bloc*, tak jak to je činěno tradičně s jednotlivými precedenty.

S tímto názorem se lze jistě ztotožnit, ovšem je třeba si uvědomit, že přijetím takového předpokladu je svěřován systém investičního rozhodčího řízení a jeho vývoje mimo sféru hostitelských států na bedra nezávislých rozhodců, tj. nezávislé, neurčité a názorově nehomogenní skupině právních vědců, kteří rozhodují spory, jejich výsledky nemusejí být ani zveřejňovány, pokud si to strany nepřejí. Navíc, každý z rozhodců

¹⁷ Tai-Hang Cheng, *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*, 30 FORDHAM INTL JOURNAL 1014-1049 (2006).

vychází z jiného právního prostředí, jiného vědeckého zázemí a s jinými zkušenostmi, tudíž i s jinými úhly pohledu na zkoumanou problematiku.

Předcházející odstavec však nelze brát jako výtku směrem k rozhodcům, to v žádném případě ne, ale spíše obecně k nekonceptnosti systému jako takového, neboť i když rozhodce není vázán předcházejícími rozhodnutími, může je (některá z nich) reflektovat z referenčního hlediska, ovšem nemusí, neboť to není povinen učinit.

Dalším velmi důležitým dílkem celé této mozaiky je fakt, že rozhodci nikdy nebudou mít k dispozici úplné portfolio podpůrných pramenů v podobě rozhodčích nálezů předcházejících senátů, neboť tyto nemusely být vůbec zveřejněny (jak je to časté v případě řízení dle pravidel UNCITRAL).

Pohled rozhodčích senátů

Sama rozhodovací praxe to s ohledem na vyjádření k otázkám existence precedenčního systému více méně potvrzuje. Například v případě *Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AS v Pakistan*¹⁸, kde senát uvedl, že „...souhlasí, že není vázán předcházejícími rozhodnutími, ovšem určitě je řádně zváží tam, kde sám uzná za vhodné“.

Z historického hlediska se v rámci řízení ICSID k existenci precedenčního systému vyjádřil senát rozhodující ve věci *AES v. Argentina*. Navrhovatel v tomto případě zdůrazňoval, že pět předcházejících námitek nepřislušnosti vznášených Argentinou bylo obdobných či naprosto shodných jako námitky, kterými se Argentina bránila neúspěšně v několika přecházejících řízeních, přičemž se navrhovatel snažil přesvědčit rozhodčí senát, že tyto námitky jsou s ohledem na shodné odmítnutí těchto námitek ve všech předcházejících rozhodnutích diskutabilní ba přímo neúčinné.¹⁹

Senát odmítl přijmout argumentaci navrhovatele, že by měly být námitky odpůrce odmítnuty z důvodů jejich zamítnutí předcházejícími rozhodčími senáty a přijal argumentaci odpůrce, že každá BIT má svou vlastní identitu a není možné je zaměňovat. Bylo tedy třeba pečlivě analyzovat znění příslušné BIT, která představovala vůli smluvních stran (států) ohledně rozsahu poskytované ochrany investorům a jejich investicím. Argentině tedy nebylo zamezeno vznášet námitky, se kterými byla již dříve neúspěšná.

Senát pak, obdobně jako u případu *Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AS v Pakistan*, ale mnohem detailněji především se zdůrazněním jednotného procesního pozadí Washingtonské Úmluvy konstatoval

¹⁸ *Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AS v Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction of November 14 2005, odst. 76.

¹⁹ *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of April 26, 2005, odst. 18.

s ohledem na rozhodnutí předcházejících senátů, že „ shoda východisek při stanovení příslušnosti těchto senátů, i když se setká s velmi podobnými nebo přímo shodnými skutečnostmi při vzniku sporů, nedostačuje k tomu, aby byla řešení či názory přijaté v těchto předcházejících sporech systematicky použity na stávající případ. Každý senát zůstává suverénní a smí dosáhnout, jak bylo potvrzeno předcházející rozhodčí praxí ICSID, rozdílného řešení stejné otázky. Ovšem otázky příslušnosti dotýkající se stejných či velmi podobných otázek mohou přinejmenším naznačovat určité významné argumentační linie. Tento rozhodčí senát je může vzít v úvahu při srovnání svých vlastních závěrů s těmi, ke kterým dospěly předcházející senáty zabývající stejnou otázkou a pokud by tento senát sám dospěl k závěrům, které byly již jedním či více rozhodčími senáty k příslušné právní otázce vysloveny, vyhrazuje si svobodu, přijmou stejné řešení.

Existují i situace, kdy na základě kombinace příslušné BIT s Washingtonskou Úmluvou dojde v rámci výkladu k tomu, že senát předloží řešení otázky, které lze aplikovat v jiných případech a to bez ohledu na specifika takovýchto jiných sporů. Takovéto precedenty mohou být správně zohledněny, a to přinejmenším z hlediska komparačního, a pokud to senát považuje za vhodné, tak i z hlediska inspiračního.“²⁰

Obdobně opatrný přístup je zjevný z rozhodnutí ve věci *Gas Natural SDG, SA v Argentina*. Jak zajímavě poznamenává prof. Schreuer s Weinigerem, opatrnost rozhodčího senátu je v tomto případě patrná i ze samotné struktury rozhodnutí, když senát napřed rozhodne o své příslušnosti bez odkazu na předchozí rozhodnutí²¹, aby pak následně konstatoval následující „ Rozhodčí senát by rád zdůraznil, že své rozhodnutí vydává nezávisle, bez toho aniž by se povadl být vázán jakýmikoliv jinými soudními rozhodnutími či rozhodčími nálezy. Po dosažení vlastního závěru se však senát domnívá, že by mohlo být užitečné porovnat své závěry se závěry obsaženými v nedávno vydaných rozhodnutích dle rozhodčích pravidel ICSID a plynoucích z nároků vznášených dle obdobných BITs. Shrnujeme některé z těchto rozhodnutí dále a potvrzujeme, že jsme nenalezli nebo nám nebyla předložena rozhodnutí nebo nálezy, jejichž závěry by byly v rozporu s těmi, ke kterým dospěl tento senát.“²²

²⁰ *Ibid.*, odst. 30-31.

²¹ Christoph Schreuer, Matthew Weiniger, *A Doctrine of Precedent?* in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, New York: Oxford University Press 1195 (P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, eds. 2008).

²² *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction of June 17, 2005, odst. 36, dostupné v el. formě na: <http://www.asil.org/pdfs/GasNat.v.Argentina.pdf> (naposledy navštíveno dne 15. května 2011).

Z výše uvedeného jasně plyne názorové „rozdvojení“ rozhodců,²³ neboť na jednu stranu je jejich primárním úkolem rozhodnout jedinečný spor, k čemuž byly jmenovány stranami, na druhou stranu se pohybují v určitém referenčním systému, který obsahuje řadu záchytných bodů a argumentačních linií stanovující určitou předvídatelnost takovým rozhodnutím a i se nás výše citované rozhodnutí snaží přesvědčit o opaku, význam referenčního rámce poskytovaného rozhodčím senátům je velmi významný. Zřejmě i proto Judith Gill s odvoláním na prof. Schreuera označuje stávající systém za systém „měkkých precedentů“ který spočívá především v zachování alespoň určité předvídatelnosti hodnocení jednotlivých hmotně-právních institutů vlastních a rámcově unifikovaných v systému BITS²⁴.

Na základě tohoto spíše teoretického pojednání autor dospěl k závěru, že precedenční systém v rámci systému rozhodčího řízení neexistuje, neboť jej nelze považovat za vyjádření obecného konsensu mezinárodního společenství ve vztahu k předmětným otázkám, jakož ani za formální pramen práva. Jedná se tak více či méně o kvazi-právní pramen, který poskytuje rozhodcům referenční rámec a pohodlí uměle shromážděných pramenů v jednotlivých rozhodnutích dle zkoumaných institutů.

Několik slov závěrem

Tento příspěvek je z pohledu autora možné uzavřít s tím, že zde jistá quasi precedenční, či spíše referenční struktura uznávání jednotlivých případů existuje, což potvrzuje sama rozhodčí praxe. I když je formální odstup rozhodců od problematiky závaznosti předcházejících rozhodnutí zcela pochopitelný a na místě, paradoxně tento stav vede spíše k pocitu právní nejistoty, neboť rozhodci jsou v takové situaci vázáni pouze psaným právem, které je však v oblasti mezinárodní ochrany investic, jak bylo výše vysvětleno, spíše obecné povahy a bez opory v rozhodovací praxi je tak dán rozhodcům velmi široké pole působnosti. Na druhou stranu, i když je předvídatelnost systému významnou vlastností, je třeba s ohledem na právní rámec ochrany investic vyvážit zájmy plynoucí z diagonálních vztahů toho zvláštního systému a nalézt rovnováhu celého systému. To v praxi znamená, že systém založený na mezinárodních smlouvách, které vyjadřují úmysl těchto vysokých smluvních stran, nelze měnit bez jejich souhlasu na základě rozhodovací praxe (ad hoc) rozhodčích senátů sledujících vyjasnění či zpřesnění nejdosažitelnějšího konsensu suverénů, vyjádřeného předmětnou BIT. Budováním takovéto předvídatelnosti se totiž rozhodčí tribunály pouštějí paradoxně do destrukce předvídatelnosti systému, neboť i když jsou

²³ cynik by zřejmě použil slovo oxymóron.

²⁴ Tzv. soft precedents, viz Judith Gill, *Inconsistent Decisions: An Issue to Be Addressed or Facto f Life?* In 1 INVESTMENT TREATY LAW, London: British Institute of International and Comparative Law 25 (F. Ortino, A. Sheppard, H. Warner eds., 2006)

výchozí pravidla spočívající na konsensu států vtěleného do BIT leckdy velmi obecná a normativní, právě tato jejich vlastnost se s postupem času ukazuje jako nadčasová, neboť výklad jednotlivými rozhodnutími a jejich případným přejímáním i za předpokladu aplikace doktríny „měkkých precedentů“ jak byla popsána výše, znamená zásah do rovnováhy systému, který má tendenci se zákonitě partikularizovat, čímž ztrácí svoji normativní váhu. Je tedy zcela pochopitelné, že jsou v dnešní době slyšet i hlasy,²⁵ které volají po návratu k této prapůvodní normativní hranici, a já s nimi v tomto ohledu souhlasím.

Literature:

Monographs:

- Cambell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, New York: Oxford University Press (2007).
- Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 1082 (2001)
- Květoslav Růžička, *diagonální smlouvy v procesu socialistické ekonomické integrace*, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica. Monographia, Praha: Karlova Univerzita (1988).

Books with editors/collected works

- *1 Investment Treaty Law*, London: British Institute of International and Comparative Law 25 (F. Ortino, A. Sheppard, H. Warner eds., 2006).
- *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York: Oxford University Press 1189 (P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, eds. 2008).

²⁵ Např. výborná přednáška Joshui Fellenbauma 5. dubna 2011 ve Washingtonu D.C. v rámci konference *Fifth Annual Investment Conference: A Debate and Discussion*, kde vystoupil ostře proti další partikularizaci systému právě formou výkladu pravidel ICSID, neboť tato praxe jde proti smyslu systému ochrany investic jako takového.

Articles:

- Tai-Hang Cheng, Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration, 30 Fordham Intl Journal 1014-1049 (2006).
- UNCTAD, The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs), 3 iia monitor 2 (2006), UN ID(UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/9).

Electronic Sources:

- OECD: www.oecd.org
- US Department of State: <http://www.state.gov>
- Foreign Affairs and International Trade Canada:
<http://www.international.gc.ca>
- United Nation Conference on Trade and Development:
<http://www.unctad.org>
- American Society of International Law:
<http://www.asil.org>
-

Cited regulations:

- Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb.).
- Vyhláška MZV 30/1947 Sb., O Chartě Spojených národů.
- OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property (1962)

Cited Case Law:

- Phoenix Action, Ltd.v. Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Final Award of April 15, 2009.

- Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AS v Pakistan, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction of November 14 2005.
- AES Corporation v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of April 26, 2005.
- Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction of June 17, 2005.
-

Contact – email

filip.cerny@ablegal.cz

BUDÚCNOSŤ SPOLOČNÉHO REFERENČNÉHO RÁMCA

MARTIN DAŇKO

Právnická fakulta Univerzity Komenského, Slovensko

Abstract in original language

Príspevok je venovaný unifikačným snahám v oblasti súkromného práva v Európskej únii, kde v posledných rokoch sa prostredníctvom tvorby Spoločného referenčného rámca vytvára voliteľný nástroj európskeho zmluvného práva. V tomto článku je naznačených niekoľko podstatných aspektov, ktoré prinášajú bližší obraz smerovania SRR do budúcnosti.

Key words in original language

unifikácia, európske zmluvné právo, spoločný referenčný rámec

Abstract

This article is dedicated to the unification tendencies in the field of civil law in the European union. Lately, by means of creation of the Common reference frame, optional tool of the european contractual law is being formed. The article is suggesting several fundamental aspects which bring out closer look on the direction of the CFR in the the future.

Key words

unification, european contractual law, common reference frame

Medzinárodná normotvorba má svoj odraz aj v rovine súkromného práva. Ešte špecifickejšie je v tomto prípade európske právo.

Aj keď Európska únia je považovaná za právnickú osobu sui generis, nie je dôvod na akékoľvek pochybnosti o medzinárodnom charaktere jej normotvorby nakoľko vzhľadom na jej zloženie ide aj o úpravu právnych vzťahov cezhraničného charakteru. V tomto prípade normy upravujúce súkromnoprávne vzťahy, kde subjekty majú svoj pôvod každý inom štáte, má jasné prvky medzinárodného práva súkromného. Treba povedať, že úprava súkromnoprávnych vzťahov nie je v európskom práve rozsiahla a má len sektorový charakter.¹ Je nutné však dodať, že európske právo má aj v tomto prípade unifikačnú funkciu. Sleduje základný cieľ, a to vytvorenie

¹ Najrozsiahlejšia úprava je v oblasti spotrebiteľského práva.

a existenciu jednotného trhu a na realizáciu tohto základného cieľa, ide cestou úpravy súkromnoprávných vzťahov aj oblastiach práva, ktoré doteraz boli len výhradnou doménou vnútroštátneho práva jej členských štátov. Takto sa definuje a bojuje o svoju existenciu aj európske zmluvné právo.²

Zjednocovanie súkromného európskeho práva má svoje historické korene v 70. rokoch minulého storočia, podstatnejšie sa však chápe rok 1982 kedy na čele s dánskym profesorom Ole Landom bola vytvorená Komisia pre európske zmluvné právo, ktorej pracovné výstupy boli zavŕšené v roku 2003 vydaním poslednej tretej časti Princípov EU zmluvného práva. Po obsahovej stránke treba povedať, že išlo o veľmi všeobecné zásady, a práve všeobecnosť bola najproblematickejšia, pretože bola dôvodom sťaženej možnosti aplikovať tieto zásady v praxi. Na druhej strane treba dodať, že mala len odporúčací charakter, a to ako vzor pre národné úpravy členských štátov.

Výraznejší posun v smere harmonizácie európskeho zmluvného práva predstavuje rozhodnutie Európskej komisie vytvoriť prostriedok na realizáciu cieľov: zlepšiť kvalitu existujúceho a budúceho práva EU.³ Tento proces sa ma diať prostredníctvom Spoločného referenčného rámca, ktorého pôvodný zámer spočíval vo vytvorení normotvornej pomôcky pre Radu EU a EP, ktorá mala napomáhať pri tvorbe nových právnych predpisov z oblasti zmluvného práva EU.

Už z názvu sa dá usúdiť, že malo ísť len prostriedok, ktorý mal viesť k vytvoreniu štandardných zmluvných podmienok, a to ako kompilát existujúceho komunitárneho práva niektorých vnútroštátnych úprav ako aj inšpirovaný niektorými medzinárodnými zmluvami “tool-box for better regulation” teda nástroj, ktorý má napomáhať k lepšej normotvornej činnosti pri tvorbe európskej legislatívy. No výsledky prác priniesli viac ako spočiatku proklamovaný cieľ.

Tvorba spoločného referenčného rámca (SRR)

Tvorba Spoločného referenčného rámca je plne v réžií Európskej komisie, ktorá v roku 2005 iniciuje vytvorenie skupiny právnych odborníkov z akademickej obce z viacerých častí Európy. Takto vzniká Network of Excellence ako spoločná sieť viacerých akademických skupín. Je vedená profesorom Hans Shulke-Nolkde z Univerzity Bielefeld a jej základ tvoria

² Na účely tohto článku pod európskym zmluvným právom autor chápe súbor noriem, ktoré upravujú zmluvné vzťahy záväzkového charakteru v súkromnoprávnej rovine.

³ Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu a Rade - Európske zmluvné právo a revízia aquis, ako ďalej KOM (2004)

predovšetkým predstavitelia Študijnej skupiny pre Európsky občiansky zákonník⁴ a Výskumnej skupiny pre súčasné súkromné právo EU⁵

Výsledkom práce uvedených skupín je priebežné vydanie v roku 2007 (interim outline edition) ako základný text, ktorý je o dva roky neskôr doplnený (outline editon) a záverečná verzia v októbri toho istého roku 2009 (full edition), tvorená zo 6563 strán a vydaná v šiestich zväzkoch.⁶

Z uvedeného vyplýva, že o akej si rámcovosti už nemôže byť ani reč. Toto dielo, ktoré nesie názov Návrh Spoločného Referenčného Rámca zo svojho názvu indikuje len to, že ide návrh, pretože šesť takto rozsiahlych zväzkov prináša kompletný modelový zákonník. V tomto „zákonníku“ sa zachoval vplyv Princípov európskeho zmluvného práva vypracovaný Landovou skupinou, ale podstatnejšie je, že medzi upravovanou materiálou sú aj mimozmluvné záväzky. Úplne najprekvapujúcejším je fakt, že tvorcovia išli omnoho ďalej keď svojou úpravou sa dotkli aj vecných práv k hnutelným veciam.

Tento fakt priniesol každému jasný obraz o skutočnom ciele Európskej únie, a to v podobe vytvorenia jednotného súkromnoprávneho kódexu. Je samozrejmé, že rozdiely spočívajúce v jednotlivých národných úpravách sú aj za súčasného stavu európske integrácie neprekonateľné, kde predovšetkým anglosaská právna kultúra je podľa môjho názoru najväčšou prekážkou tohto unifikačného procesu. Preto cieľ „Európsky občiansky zákonník“ je v súčasnosti ešte príliš smelou ideou. S týmto názorom sa však niektorí európski právnici akademici nestotožňujú, o čom svedčí vyjadrenie Christiana von Bara, ktorý súčasný stav vníma ako dobu s doteraz najvhodnejšími a najrealistickejšími podmienkami na vytvorenie európskeho súkromného práva.⁷

Presný opak vidí S. Whittaker⁸, ktorí tvrdí, že predmetný návrh svojou rozsiahlosťou predznamenáva kodifikáciu súkromného práva, ktorú odmieta, pretože jej zložitost' spôsobí, že nenájde miesto v budúcom európskom práve.⁹ Je treba v tejto súvislosti povedať, že Whittaker je

⁴ The Study Group on a European Civil Code- SGECC: <http://www.sgecc.net/>

⁵ European Research group on Existing EC Private Law: <http://www.acquisgroup.com/>

⁶ Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group): Principles, Definition and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition, Sellier (2009)

⁷ Von Bar, Ch. Working together toward a Common Frame of Reference, In: *Juridica International*, č.X/2005 str.23

⁸ Britský právny expert, ktorý vypracoval analýzu Návrhu Spoločného Referenčného Rámca na objednávku britskej vlády.

⁹ Whittaker, S. The Draft Common Frame of Reference: an Assessment commissioned by the Ministry of Justice United Kingdom (2008) str. 49

zástancom pôvodnej ideí vzniku SRR, a to teda ako legislatívnej pomôcky. Preto výsledok, ktorý bol predložený ako návrh SRR kritizuje zato, že vôbec nereflektuje pôvodné ciele komisie a značne ich presahuje.

Myslím, že aj napriek opodstatnenosti námietok Whittakera, je každému nad mieru jasné, že predmetný návrh má väčšie ambície ako boli od neho pôvodne očakávané Európskou komisiou. Otázne však ostávajú spôsoby akými budúci referenčnými rámec bude uvedený do života a v akej forme. Tu už však nebudeme hovoriť o SRR ale voliteľnom nástroji európskeho zmluvného práva.

Budúcnosť voliteľného nástroja európskeho zmluvného práva

Myslím, že nepoviem nič zle, keď poviem, že budúcnosť SRR už začala. Stockholmský program¹⁰ definuje potreby voliteľného nástroja aj z pohľadu rozvoja vnútorného trhu, kde na zlepšenie jeho fungovania je nutné vytvoriť v právnej oblasti jednoduchší nástroj cezhraničnej spolupráce malých a stredných podnikateľov vo vnútri EU.

S týmto cieľom Európska komisia zriaďuje v roku 2010 skupinu odborníkov pre tvorbu SRR. Ide o predstaviteľov akademickej oblasti, príslušníkov právnických povolání ale aj zástupcov občianskej spoločnosti, ktorí sa zúčastňujú na tvorbe SRR. Je len smutným konštatovaním, že do tejto skupiny sa nedostal žiaden odborník zo Slovenska a dokonca ani Čiech. Čo dáva otázku kto bude hájiť naše záujmy v novo vznikajúcom SRR?

Otáznych je v tomto procese viacero aspektov. Keďže SRR má vychádzať z existujúceho návrhu, bude zaujímavé sledovať ako široko bude prebraný návrh do finálnej podoby, a teda ktoré právne inštitúty budú upravené a ktoré ostanú zatiaľ len v návrhu. Stále však treba brať v úvahu, že pri tvorbe SRR je treba vychádzať s požiadavky potreby úpravy niektorých otázok, ktoré sa javia ako akútnejšie, a preto je opodstatnený predpoklad prednosti ich úpravy. V tomto smere ide predovšetkým internetový obchod a všetky obchodné vzťahy realizované prostredníctvom internetu tj. zmluvné vzťahy realizované prostriedkami diaľkovej komunikácie. Aj keď vecné práva k hnutelným veciam boli upravené v návrhu, považujem úpravu týchto právnych vzťahov presne za tú, od ktorej pozornosť sa upustí vo finálnej podobe SRR. Dôvody sú predovšetkým v rozdielnosti jednotlivých úprav v členských štátoch, aj keď je otázne, či úprava vecných práv k hnutelným veciam je potrebná, keď cieľom je vytvorenie uceleného systému európskeho zmluvného práva? S uvedeným súvisia nie len otázky rozdielnosti obsahu úprav jednotlivých členských

¹⁰ Akt Rady EU: Stockholmský program - otvorená a bezpečná Európa, ktorá slúži občanom a chráni ich- zo dňa 2.12.2009 č. 17024/09 bod 3.4.2.

štátov ale aj istý stupeň právnej tradície odzrkadľujú sa v právnej svojbytnosti v oblasti vecných práv.

Otáznou a stále nie jednoznačne zodpovedanou bude problematika právnej záväznosti budúceho SRR. Už tu bolo spomenuté, že harmonizácia v oblasti súkromného práva v prvom stupni bude vytvorenie voliteľného právneho nástroja. Tým bude práve budúci SRR. Zo samej podstaty voliteľného nástroja vyplýva, že predpokladaný súbor noriem má charakter soft law, teda podobu modelového zákona, kde zmluvné strany si ho dobrovoľne budú môcť zvoliť. Vytvorenie všeobecne právne záväzných pravidiel nemá zatiaľ predpoklad na úspech. Je dosť nepravdepodobné, že normy európskeho práva by priamo upravovali zmluvné vzťahy, aj keď treba dodať, že v prípade spotrebiteľského práva to tak je, a prináša v záujme ochrany spotrebiteľa značné oklieštenie zmluvnej voľnosti. Ak by takýto trend bol podobný aj v úprave zmluvného práva, kde by sa európske právo snažilo vyrovnávať prirodzenú ekonomickú nerovnosť subjektov takýchto zmluvných vzťahov, tak by ani nikdy k prijatiu nedošlo. Len stále treba mať na pamäti, že EU má silné právne prostriedky, ktoré nie sú vždy členskými štátmi vítané, hlavne ak výsledok nimi dosiahnutý je v rozpore s národnými záujmami.

Predmetom úpravy vznikajúceho SRR budú právne vzťahy medzi podnikateľským subjektmi¹¹ a spotrebiteľmi tzv. B2C (business to consumer). V rámci sledovaného cieľa ochrany spotrebiteľa, úprava týchto vzťahov aj vzhľadom na doteraz prijatú právnu úpravu v spotrebiteľskom práve nie je tento fakt až tak prekvapujúci. Možno prekvapujúce by sa mohlo zdať, že SRR bude upravovať aj právne vzťahy medzi B2B (business to business), teda klasické obchodnoprávne vzťahy, ale na ciele uvedené v stockholmskom programe, teda už spomenutá podpora obchodných vzťahov medzi malými a strednými podnikateľmi vo vnútri EU, je táto úprava v SRR z tohto pohľadu nevyhnutná.

Klasické občianskoprávne vzťahy C2C (consumer to consumer) predpokladaný zámer nerieši, hoc nie je vylúčené aby dve fyzické osoby si svoj zmluvný vzťah upravili podľa vzniknutej úpravy, pokiaľ by im to vnútroštátne právo umožňovalo a vzniknutý SRR nezakazoval.

Poslednou v tomto príspevku načrtnutou otázkou bude či pôsobnosť SRR bude primárna, teda či všetky právne vzťahy, na ktoré sa bude predmetná úprava vzťahovať budú primárne sa spravovať SRR alebo len sekundárne, keď sa na tom zmluvné vzťahy dohodnú. Primárne predvolený by v prvom prípade bol právny režim SRR, a ak by zmluvné strany chceli svoje právne vzťahy spravovať iným právnymi predpismi (napr. vnútroštátnym právom

¹¹ Podľa § 52 Občianskeho zákoníka č.40/1964 je pre takýto podnikateľský subjekt použitý pojem dodávateľ

niektorého účastníka zmluvného vzťahu) museli by sa na tom výslovne dohodnúť. Takýto režim je označovaný ako opt-out.

Ako druhú možnosť Európska únia pripúšťa bázu opt-in, kde by ako primárny bol prednastavený režim vnútroštátnych úprav, a v prípade záujmu úpravy obsiahnutej v opčnom nástroji t.j. SRR by si ho zmluvné strany museli výslovne zvolit'.¹²

Osobne sa nazdávam, že v prípade primárneho prednastavenia vnútroštátnych úprav cezhraničných právnych vzťahov si zmluvné strany musia určiť rozhodné právo, a tak z dôvodu predchádzania takéhoto určenia by sa javil vhodnejší primárne prednastavený režim opt-out. Aj keď otázka voľby práva by stále bola najpodstatnejšou v procese uzatvárania kontraktu, jednoznačne sa k otázke, ktorý režim by bol vhodnejší, dá vyjadriť momentálne ťažko.

Záver

Dosiahnutie jednotného európskeho občianskeho zákonníka je zatiaľ iba veľmi ťažko dosiahnuteľná idea, ale proces unifikácie súkromného práva začal a nedá sa vrátiť späť. Cesta, ktorú si Európa v tomto úsilí zvolila, je vytvorenie Spoločného Referenčného Rámca, ktorý v podobe voliteľného právneho nástroja zmluvného práva čaká dlhá cesta, ktorá bude popretkávaná evolučnými procesmi, a to nie len v oblasti práva, celej Európskej únie.

Literature:

- BUŠO, B.: Medzinárodné harmonizačné snahy v oblasti súkromného zmluvného práva. In: Súkromné a verejné právo v súčasnosti. Zborník z vedeckej konferencie doktorandov PF TU. Trnava 2005
- Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group): Principles, Definition and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition, Sellier (2009)
- Whittaker, S. The Draft Common Frame of Reference: an Assessment commissioned by the Ministry of Justice United Kingdom (2008)
- Von Bar, Ch. Working together toward a Common Frame of Reference, In: Juridica International, č.X/2005

Contact – email

martin.danko@flaw.uniba.sk

¹² Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu a Rade - Európske zmluvné právo a revízia aquis, ako ďalej KOM (2004) 651, konečné znenie

DOPADY VYBRANÝCH MEZINÁRODNÍCH ÚMLUV DO ČESKÉHO AZYLOVÉHO PRÁVA

JANA FILIPOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Předkládaný příspěvek se věnuje vlivu vybraných významných mezinárodních úmluv (Úmluva o právním postavení uprchlíků, Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, Úmluva o právech dítěte) do českého azylového práva (a pro porovnání i do cizineckého práva). Tento dopad se projevuje jednak v samotné právní úpravě institutu mezinárodní ochrany a jednak v aplikační praxi správního orgánu, jež je konfrontována v rámci soudního přezkumu rozhodnutí o neudělení azylu a doplňkové ochrany. Pozornost bude věnována zejména principu non-refoulement, právu cizince na ochranu soukromého a rodinného života a jeho ochraně před mučením a obdobným jednáním.

Key words in original language

Mezinárodní ochrana, azylové právo, Úmluva o právním postavení uprchlíků, Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, non-refoulement, ochrana soukromého a rodinného života.

Abstract

This paper focuses on the influence of selected major international conventions (Convention Relating to the Status of Refugees, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Convention on the Rights of the Child) on the Czech asylum law (and also to compare, on the law on aliens). This impact is reflected both in the mere legal regulations of the institute of international protection and, secondly, in the practice of administrative body, which is confronted in the judicial review of decision of non-granting asylum and subsidiary protection. Attention will be primarily paid to the principle of non-refoulement, foreigner's right to respect for private and family life and prohibition of torture and similar treatment.

Key words

International protection, asylum law, Convention Relating to the Status of Refugees, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, non-refoulement, respect for private and family life.

1. ÚVODEM

Hned úvodem předkládaného příspěvku¹ je možné konstatovat, že dopad „uprchlických“ mezinárodních úmluv do českého azylového práva je značný a nezpochybnitelný. Projevuje se jednak v samotné podobě právní úpravy institutu mezinárodní ochrany a jednak v aplikační praxi správního orgánu, jež bývá následně podrobena přezkumu ve správním soudnictví.

Dříve, než bude přistoupeno ke zkoumání dopadu některých mezinárodních úmluv do azylového práva, je vhodné objasnit základní pojmy této problematiky: jimi jsou uprchlík a uprchlictví na straně jedné a azyl a azylant na straně druhé. Ačkoliv jsou azyl a uprchlictví blízkými a vzájemně provázanými pojmy, nelze je ztotožňovat². Hlavní rozdíl spočívá v tom, že přiznání azylu je výsostným právem státu, zatímco uprchlictví je naopak pojmem mezinárodněprávním, formovaným na smluvní úrovni, a to Úmluvou o právním postavení uprchlíků a ji doplňujícím Protokolem³, která podává na mezinárodní úrovni univerzální definici uprchlíka (viz dále). Zatímco status azylanta je dán především volním aktem státu, status uprchlíka může být státem již pouze rozpoznán a deklarován.⁴ Azyl je institutem obyčejového práva;⁵ právo azylu je oprávněním státu a nikoliv jednotlivce.⁶ Je přitom na samotném státu coby suverénu, aby si stanovil, byť v souladu se svými mezinárodními závazky, vlastní pravidla pro to, komu na svém svrchovaném území poskytne azyl. Samotný pojem „azyl“ či

¹ Stranou zájmu tohoto příspěvku je ponecháno právo Evropské unie, které ovlivňuje podobu českého práva přímo, skrze transpozice „azylových“ směrnic a nařízení, jako je např. směrnice Rady (ES) 2004/83/ES ze dne 29. dubna 2004, o minimálních normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje mezinárodní ochranu, a o obsahu poskytované ochrany (tzv. kvalifikační směrnice); nařízení Rady (ES) č. 343/2003 ze dne 18. února 2003, kterým se stanoví kritéria a postupy pro určení členského státu příslušného k posuzování žádosti o azyl podané státním příslušníkem třetí země v některém z členských států; směrnice Rady 2005/85/ES ze dne 1. prosince 2005 o minimálních normách pro řízení v členských státech o přiznávání a odnímání postavení uprchlíka; směrnice Rady 2004/904/ES o zřízení Evropského fondu pro uprchlíky (tzv. procedurální směrnice).

² Např. § 11 písm. c) zákona č. 221/2003 Sb., o dočasné ochraně cizinců rozeznává osoby, kterým byl udělen azyl nebo doplňková ochrana podle zákona o azylu a osoby, kterým bylo přiznáno postavení uprchlíka podle mezinárodní smlouvy – Úmluvy o právním postavení uprchlíků.

³ Dále též „Ženevská úmluva“.

⁴ Kosař, David. Rozdíly mezi azylem doplňkovou ochranou: definice „uprchlíka“ vs. definice „osoby, která má nárok na doplňkovou ochranu“, s. 11- 12. In. Jílek, Dalibor. Společný evropský azylový systém: doplňková ochrana : sborník. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2007. 235 s.

⁵ Blíže Šturma, Pavel, Honusková, Věra, Čepelka, Čestmír a kol. Teorie a praxe azylu a uprchlictví. Univerzita Karlova v Praze, 2006, s. 10-11.

⁶ Čepelka, Čestmír; Jílek, Dalibor; Šturma, Pavel. Azyl a uprchlictví v mezinárodním právu. Vyd. 1. Brno : Masarykova univerzita, 1997. s. 27 an.

„azylant“ není závazným způsobem na mezinárodní úrovni definován⁷. Jeho definici nepodává ani Listina základních práv a svobod v čl. 43 ani zákon o azylu⁸; ten toliko vymezuje pojem azylanta, a to definicí „kruhem“⁹ a dále určuje podmínky pro jeho získání a práva a povinnosti s tím spojená. Azyl je v podstatě ochranou, která je založena především na pravidle non-refoulement, tedy zákazu státu nedobrovolně navrátit cizince na hranice státu, kde by mohl být ohrožen jeho život či svoboda. Azyl, resp. postavení azylanta představuje silnější právní titul než status uprchlíka, a to jak z hlediska právní jistoty, tak i rozsahem poskytované ochrany a přiznávaných práv.¹⁰ Práv zaručených Ženevskou úmluvou se může dovolávat toliko uprchlík; zákona o azylu pak každý žadatel o udělení mezinárodní ochrany, nezávisle na tom, zda je uprchlíkem.

Samotný Nejvyšší správní soud rozlišil uprchlictví a azyl tak, že prvně uvedený pojem vymezil jako objektivní stav daný situací fyzické osoby, zatímco druhý představuje institut poskytovaný konkrétním státem na základě jeho úvahy vyjádřené jednak normativně ve vnitrostátním předpise a jednak v individuálním konkrétním rozhodnutí učiněném na základě těchto předpisů zmocněným orgánem.¹¹ V jiném svém rozhodnutí¹² uvedl, že obsahem mezinárodního závazku České republiky vyplývajícího ze Ženevské úmluvy je poskytovat uprchlíkům práva přiznaná jim úmluvou jako jejich destinátářům. Mezi tato práva ovšem nepatří právo na udělení azylu, na rozdíl např. od práva na uplatnění zásady non-refoulement.

2. ZÁKLADNÍ PRAMENY MEZINÁRODNÍHO PRÁVA NA POLI UPRCHLICTVÍ

⁷ Za částečnou výjimku lze označit čl. 14 Všeobecné deklarace lidských práv, dle které má každý právo v jiných zemích hledat a požívat tam azyl před pronásledováním. Deklarace má ovšem povahu pouze doporučující a její závaznost je více morální než právní. Rovněž Deklarace o územním azylu z roku 1967 je právně nezávazným dokumentem. Ten potvrdil, že poskytnutí azylu nelze vykládat jako nepřátelské gesto vůči státu původu uprchlíka, ale jako gesto humanitní. Státy v deklaraci vyjádřily názor, že azyl je právo a nikoliv povinnost státu poskytnout útočiště osobě mající odůvodněný strach z pronásledování. Text návrhu nebyl dosud schválen. K tomu blíže viz pozn. 6.

⁸ Zákon č. 325/1999 Sb., o azylu a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon o azylu“ nebo „azylový zákon“).

⁹ Podle § 2 odst. 6 zákona o azylu se azylantem rozumí cizinec, kterému byl podle tohoto zákona udělen azyl, a to po dobu platnosti rozhodnutí o udělení azylu.

¹⁰ Šturma, Pavel. Mezinárodněprávní úprava postavení uprchlíků, Právník č. 4/1991, s. 34-35.

¹¹ K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu (NSS) ze dne 30. 5. 2006, čj. 2 Azs 187/2005-65, všechna rozhodnutí tohoto soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz.

¹² Rozsudek NSS ze dne 1. 2. 2006, čj. 1 Azs 292/2004-74.

Mezinárodní úmluvy, které se přímo či nepřímo dotýkají uprchlíků, se obecně zabývají hmotněprávní stránkou věci. Aspekty přiznávání postavení uprchlíka či udělování ochrany zpravidla opomíjejí, potažmo se pouze obecně vyjadřují ke standardům správního nebo soudního řízení. Procesní otázky jsou tedy ponechány národním právním úpravám jednotlivých smluvních stran. Ty pak musí, a současně mohou, řízení týkající se uprchlických otázek přizpůsobit vnitrostátnímu právnímu prostředí.

Uprchlíctví spadá do oblasti lidskoprávní. Za nejvýznamnější mezinárodní úmluvy, které se přímo či nepřímo zabývají uprchlictvím a otázkami s ním spojeným lze označit Úmluvu o právním postavení uprchlíků z roku 1951 a na ni navazující Protokol k Úmluvě o právním postavení uprchlíků z roku 1967, a Úmluvu o ochraně lidských práv a svobod z roku 1950¹³. Dalšími mezinárodními smlouvami¹⁴, které sice bezprostředně neřeší otázku uprchlictví, avšak upravují otázky s těmito instituty souvisejícími, lze poukázat např. na Úmluvu o právech dítěte z roku 1989, Úmluvu proti mučení a jinému krutému, nelidskému nebo ponižujícímu zacházení či trestu z roku 1984, nebo Mezinárodní pakt o občanských a politických právech z roku 1966.

Úmluva o právním postavení uprchlíků¹⁵ je prvním univerzálním, nikoliv toliko *ad hoc*, dokumentem uprchlického práva. Ona univerzálnost spočívá v tom, že na rozdíl od předchozích uprchlických úmluv¹⁶, Ženevská úmluva poprvé obecně vymezila, kdo má být považován za uprchlíka (tzv. inkluzivní klauzule), kdo za něj naopak nemůže být považován (tzv. exkluzivní klauzule), a kdo toto postavení ztrácí (tzv. cesační klauzule¹⁷). Nejdůležitější definicí je přirozeně samotné vymezení uprchlíka: inkluzivní

¹³ Dále též „Evropská úmluva“

¹⁴ Seznam relevantních mezinárodních úmluv je možné nalézt např. na <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/02/2-07>.

¹⁵ Do českého právního řádu recipována Sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 208/1993 Sb., o přijetí Úmluvy o právním postavení uprchlíků a Protokolu týkajícím se právního postavení uprchlíků.

¹⁶ Viz jednotlivá ujednání vztahující se k řešení problémů ruských a arménských uprchlíků po 1. sv. válce, nebo německých uprchlíků v souvislosti s druhou světovou válkou. K tomu blíže Jílek, Dalibor. Odpověď mezinárodního práva na hromadné uprchlictví. Vyd. 1. Brno : Masarykova univerzita, 1996. 240 s.

¹⁷ Cesační klauzule (čl. 1 C Úmluvy) vymezuje taxativním způsobem podmínky, za nichž uprchlík (tedy osoba, která již byla uznána za uprchlíka) přestává být uprchlíkem, a to z důvodů kdy ochranu již není třeba poskytovat, nebo tato ochrana není oprávněná. Úmluva za tyto důvody považuje např. situaci, kdy se uprchlík znovu dobrovolně postavil pod ochranu země své státní příslušnosti; nabyt novou státní příslušností a nachází se pod ochranou země své nové státní příslušnosti; nebo nemůže nadále odmítat ochranu země své státní příslušnosti, poněvadž okolnosti, pro které byl uznán uprchlíkem, tam přestaly existovat.

klauzule rozeznává dva typy uprchlíků: statutární uprchlíky¹⁸ a zejména pak obecnou kategorii uprchlíků¹⁹. Úmluva definuje uprchlíka skrze tyto znaky: uprchlík je osobou, která se 1) nachází mimo svou vlast, 2) má oprávněné obavy před pronásledováním 3) z důvodů rasových, náboženských nebo národnostních nebo z důvodů příslušnosti k určitým společenským vrstvám nebo i zastávání určitých politických názorů, 4) je neschopna přijmout, nebo vzhledem ke shora uvedeným obavám, odmítá ochranu své vlasti. Je-li osoba bez státní příslušnosti, za její „vlast“ se považuje země jejího dosavadního pobytu.²⁰

Kromě shora vymezených klausulí je Úmluva o právním postavení uprchlíků zásadního významu, neboť na smluvní úrovni v čl. 33 zakotvuje *ius cogens* a obyčejové pravidlo mezinárodního práva veřejného, a sice princip non-refoulement. Tento spočívá v zákazu (z pohledu Úmluvy) smluvního státu nevyhostit jakýmkoli způsobem nebo nevrátit uprchlíka na hranice zemí, ve kterých by jeho život či osobní svoboda byly ohroženy na základě jeho rasy, náboženství, národnosti, příslušnosti k určité společenské vrstvě či politického přesvědčení. Osobní rozsah článku 33 se neomezuje jen na uznané uprchlíky, ale vzhledem k deklaratornosti uznání právního postavení uprchlíka i na všechny žadatele o azyl.²¹ Toto pravidlo je aplikováno jednak ve vztahu k uprchlíkům, kteří se nacházejí již na území smluvního státu a jednak k uprchlíkům, kteří se nacházejí teprve na jeho hranicích. Toto pravidlo je přitom třeba vykládat tak, že stát nesmí navrátit osobu na hranici i takového státu, kde sice nebude ohrožen z vymezených důvodů, ale který by ho do takového státu dále vydal. Na druhou stranu tato zásada smluvním státům nepřikazuje, aby si musely „ponechat“ cizince, kterému hrozí v případě návratu nebezpečí. Státy mohou takovou osobu vrátit uprchlíka do tzv. bezpečné třetí země. Benefit tohoto principu není ani z pohledu Úmluvy absolutním; k jeho odepření je však přistupovat restriktivně²². Článek 33 odst. 2²³ vymezuje případy, kdy stát nemusí toto

¹⁸ Těmi jsou podle čl. 1 A (1) Úmluvy, osoby, na které dopadají uprchlické dohody předcházející přijetí Úmluvy. Tato kategorie osob však již není v současnosti významná.

¹⁹ Článek 1 A (2) Úmluvy.

²⁰ Obdobně je k bezdomovcům přistupuje i azylový zákon, který vychází ze „státu posledního trvalého bydliště“. Trvalým bydlištěm se dle § 2 odst. 11 rozumí stát, ve kterém osoba bez státního občanství před vstupem na území pobývala a vytvořila si k tomuto státu vazby trvalejší povahy.

²¹ Srov. GOODWIN-GILL, G.S. The Refugee in International Law. 2nd edition. Oxford, 1996. s. 117.

²² V doktríně existuje shoda, že v případě hrozby mučení uprchlíka by mělo být pravidlo non-refoulement absolutní. Jednotlivé názory viz Klečková, Renata. Subsidiární formy ochrany v mezinárodním právu uprchlickém. Disertační práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Vladimír Týč. Dostupné také z IS MU: <http://is.muni.cz/th/41613/pravf_d/DPfinal.doc>.

pravidlo respektovat. Děje se tak v situacích, kdy cizinec představuje nebezpečí pro společnost přijímací země, kupř. proto byl usvědčen konečným rozsudkem ze zvláště těžkého trestného činu.

Pro doplnění lze uvést, že pravidlo non-refoulement je kupř. zakotveno i v dalším mezinárodním dokumentu z pohledu uprchlického práva: článek 3 Úmluvy proti mučení a jinému krutému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestu smluvnímu státu zakazuje vypovědět, vrátit či vydat osobu jinému státu, jsou-li vážné důvody se domnívat, že by jí v něm hrozilo nebezpečí mučení. Pro účely stanovení toho, zda existují takovéto důvody, musí příslušné orgány vzít v úvahu veškeré související okolnosti, včetně, v odůvodněných případech, existence trvalého hrubého, zřejmého nebo masového porušování lidských práv v daném státě.

Úmluva o ochraně lidských práv a svobod²⁴ je nepochybně nejvýznamnějším lidskoprávním dokumentem na regionální – evropské úrovni. Její zásadní význam nespočívá v samotném katalogu chráněných práv, ale v mechanismu kontroly skrze možnost podat stížnost k Evropskému soudu pro lidská práva.²⁵ Tato úmluva se výslovně nezmiňuje ani o azylu a ani o uprchlictví, ale nepřímou upravuje ochranu hmotných i procesních práv, která jsou v souvislosti s pronásledováním osob porušována. Takovými právy je nepochybně např. právo na život, zákaz mučení, nelidského nebo ponižujícího zacházení nebo trestu, zákaz trestu bez zákona, právo na účinný právní prostředek nápravy. Zatímco Úmluva o právním postavení uprchlíků se vztahuje výlučně k osobám nacházejícím se mimo zemi svého původu, práv garantovaných Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv a svobod se může dovolávat jak občan členského státu, tak i cizinec, který se na jeho území z určitého titulu nachází. Pro účely uprchlictví a azylového práva lze jako na relevantní předně upozornit na čl. 2 garantující právo na život; současně však poukazuje na situace, v nichž zbavení života se nepovažuje za způsobené v rozporu s daným článkem.

Pro popisovanou oblast je esenciálním především článek 3, který zakazuje mučení, podrobování nelidskému či ponižujícímu zacházení anebo trestu. Toto právo je Úmluvou označeno za nederogovatelné²⁶. Ochrany poskytované tímto článkem se může dovolávat každý cizinec nacházející se

²³ Výhody tohoto ustanovení nemohou být požadovány uprchlíkem, který z vážných důvodů může být považován za nebezpečného v zemi, ve které se nachází, nebo který poté, co byl usvědčen konečným rozsudkem ze zvláště těžkého trestného činu, představuje nebezpečí pro společnost této země.

²⁴ Přijata Sdělením Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb.

²⁵ Šturma, Pavel, Honusková, Věra, Čepelka, Čestmír a kol. Teorie a praxe azylu a uprchlictví. Univerzita Karlova v Praze, 2006, s. 111.

²⁶ Článek 15 odst. 2 ve spojení s čl. 2, 3 a 7. Úmluvy.

na území smluvního státu, u kterého hrozí vydání do země, v němž by mohl být vystaven reálnému nebezpečí nelidského zacházení²⁷ (*ill-treatment*), a to jak ze strany samotného státu (z důvodu obavy z hrubého porušování lidských práv, v důsledku vnitřních nepokojů v zemi panuje obecně nebezpečná situace, v důsledku právního systému daného státu), ze strany nestátních původců špatného zacházení, proti kterým stát neposkytuje ochranu a nakonec judikatura rozeznává riziko špatného zacházení z objektivních důvodů (ve vztahu k životním podmínkám jsoucími v rozporu s lidskou důstojností).²⁸

Možné vyhoštění či jiný způsob vydání cizince ze země, v níž má (existující) rodinné vazby může zasáhnout práva garantovaná v čl. 8 Evropské úmluvy, podle kterého má každý, tedy i uprchlík, právo na respektování svého soukromého a rodinného života, obydlí a korespondence. Státní orgán nemůže do výkonu tohoto práva zasahovat vyjma případů, kdy je to v souladu se zákonem a nezbytné v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, hospodářského blahobytu země, předcházení nepokojům a zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných. Tento článek bývá posuzován zejména ve vztahu ke „klasickému“ cizineckému právu.²⁹

Evropská úmluva je jedním z mála dokumentů, který garantuje i procesní aspekty věci. Úmluva v čl. 13 zaručuje každému právo na účinný opravný prostředek. Blízkým k pravidlu *non-refoulement* je dodatkový Protokol č. 4 (1963), který v čl. 4 zakazuje hromadné vyhoštění cizinců. Vyhoštění cizince tedy nezakazuje, ale *a contrario* je k němu třeba individuálního rozhodnutí vsahující se ke konkrétnímu případu³⁰.

²⁷ K rozsahu poskytované ochrany srov. *Soering v. Velká Británie*, rozhodnutí ze dne 7. července 1989, Série A, č. 161; a dále *Öcalan v. Turecko*, rozsudek velkého senátu ze dne 12. 5. 2005, stížnost č. 46221/99; *Vilvarajah a spol. v. Velká Británie*, rozsudek ze dne 30. 10. 1991, Série A, č. 215.

²⁸ Šturma, Pavel, Honusková, Věra, Čepelka, Čestmír a kol. *Teorie a praxe azylu a uprchlictví*. Univerzita Karlova v Praze, 2006, s. 117-118.

²⁹ NSS v rozsudku ze dne 22. 11. 2007, čj. 1 As 39/2007-72, potvrdil, a to ve vztahu k žádosti cizince o zrušení rozhodnutí o správním vyhoštění, že tvrzený zásah do soukromého a rodinného života je správním orgánem posuzovat jednak z hledisek uvedených v zákoně o pobytu cizinců a jednak z hledisek vyplývajících z judikatury Evropského soudu pro lidská práva (např. zásadní rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Boultif v. Švýcarsko*, stížnost č. 54273/00, ECHR 2001-IX. K tomu podrobněji viz Rozumek, Martin, Rozumková, Pavla, Burdová Hradečná Pavla, *Právo cizince bez pobytového oprávnění na respektování rodinného a soukromého života v hostitelské zemi*, dostupné např. na <http://www.migraceonline.cz/e-knihovna/?x=2103576>).

³⁰ K tomu viz rozhodnutí ESLP ze dne 5. 2. 2002 ve věci *Čonka v. Belgie*,

3. DOPADY MEZINÁRODNÍCH ÚMLUV DO VNITROSTÁTNÍCH NOREM AZYLOVÉHO PRÁVA

Jak bylo deklarováno již v úvodu tohoto příspěvku, shora vymezené mezinárodní úmluvy mají vliv na české azylové právo ve dvou rovinách. Jednak je to jejich promítnutí v samotném obsahu vnitrostátního právních předpisů a jednak to je vliv jak v rozhodovací činnosti Ministerstva vnitra, které rozhoduje o přiznání některé z forem mezinárodní ochrany, tak i v judikatuře správních soudů, zvláště pak Nejvyššího správního soudu.

Základní normou českého azylového práva je přirozeně zákon o azylu, který díky očekávanému vstupu České republiky do Evropské unie nahradil již nevyhovující zákon o uprchlících³¹. Zásadní vliv na primární podobu toho zákona má Úmluva o právním postavení uprchlíků na straně jedné a na straně druhé pak přirozeně právo Evropské unie, které však také vychází z principů Ženevské úmluvy. Zákon o azylu explicitně odkazuje na Ženevskou úmluvu pouze na dvou místech, a to nikoliv ve vztahu k možnému udělení azylu, ale ve vztahu k vymezení pojmu bezpečné třetí země³² a první země azylu³³. Přesto se vliv dané úmluvy rozhodně neomezuje na ona dvě ustanovení. To lze dokázat již ze samotného vymezení důvodů, pro které lze cizinci udělit azyl: inkluzivní klauzule Ženevské úmluvy byla implementována do § 12 písm. b) zákona o azylu. Ženevská úmluva při přiznání postavení uprchlíka za relevantní považuje pronásledování z 5 důvodů, a to z důvodů rasových, náboženských nebo národnostních nebo z důvodů příslušnosti k určitým společenským vrstvám nebo i zastávání určitých politických názorů. Český azylový zákon přizná azyl takové osobě, která má odůvodněný strach z pronásledování z důvodu rasy, pohlaví, náboženství, národnosti, příslušnosti k určité sociální skupině nebo pro zastávání určitých politických názorů. Uvedené důvody pronásledování, pro které se osoba stává uprchlíkem, jsou v podstatě shodné s důvody pro udělení azylu a lze je tak označit za synonyma.³⁴ To, co odlišuje český azylový zákon od Ženevské úmluvy je přidání šestého důvodu pronásledování, a sice pronásledování z důvodu pohlaví. Tato

³¹ Zákon č. 498/1990 Sb., o uprchlících, ve znění pozdějších předpisů.

³² Bezpečnou třetí zemí se rozumí stát jiný než stát, jehož je cizinec státním občanem, nebo v případě osoby bez státního občanství stát posledního trvalého bydliště, ve kterém cizinec pobýval před vstupem na území a do kterého se může tento cizinec vrátit a požádat o udělení postavení uprchlíka podle mezinárodní smlouvy, aniž by byl vystaven pronásledování, mučení, nelidskému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestu.

³³ První zemí azylu se rozumí stát jiný než stát, jehož je cizinec státním občanem, nebo v případě osoby bez státního občanství, stát jiný než stát jejího posledního trvalého bydliště, ve kterém cizinec pobýval před vstupem na území, udělil-li mu tento jiný stát postavení uprchlíka podle mezinárodní smlouvy, může-li cizinec této ochrany nadále požívat a mohl-li se cizinec do tohoto jiného státu bezpečně vrátit.

³⁴ Srov. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 25. 2. 2004, čj. 10 Az 120/2003-55, publ. pod č. 293/2004 Sb. NSS.

podmínka je ovšem dle mého názoru nadbytečná, neboť tuto kategorii pronásledování lze podřadit do sociální skupiny³⁵. Nadto, zákonodárce zařadil do zákona i další důvody pro udělení azylu, jakési doplňkové kategorie, kterými je azyl za účelem sloučení rodiny a azyl humanitární (§ 13 a § 14 zákona o azylu). Na tyto kategorie již Ženevská úmluva neměla výraznějšího vlivu.

Obdobným způsobem byla do azylového zákona převzata i exkluzivní klauzule, a to konkrétně do § 15 zákona o azylu. Exkluzivní klauzule (čl. 1 D, E a F Ženevské úmluvy) specifikuje osoby, které sice splňují znaky inkluzivní klauzule, ale z určitých důvodů jsou vyloučeny z možného přiznání statusu uprchlíka. Donaci právního postavení uprchlíka nemůže požívat osoba, o níž jsou vážné důvody se domnívat, že se dopustila zločinu proti míru, válečného zločinu nebo zločinu proti lidskosti, ve smyslu mezinárodních dokumentů obsahujících ustanovení o těchto zločinech; nebo že se dopustila vážného nepolitického zločinu mimo zemi svého azylu dříve, než jí bylo povoleno se tam usadit jako uprchlík; anebo je vinna činy, které jsou v rozporu se zásadami a cíli Spojených národů.^{36, 37} Podle § 15 odst. 1 azylového zákona nelze azyl udělit cizinci, i když budou zjištěny důvody uvedené v § 12 nebo 13 zákona o azylu, u něhož je důvodné podezření, že se dopustil trestného činu proti míru, válečného trestného činu nebo trestného činu proti lidskosti ve smyslu mezinárodních dokumentů obsahujících ustanovení o těchto trestných činech; se dopustil před podáním žádosti o udělení mezinárodní ochrany vážného nepolitického trestného činu mimo území; nebo se dopustil činů, které jsou v rozporu se zásadami a cíli Organizace spojených národů. Dané ustanovení není v praxi příliš často využíváno.

Zatímco vztah inkluzivní a exkluzivní klauzule a § 12 a § 15 zákona o azylu je nepochybný, jinou je otázka vztahu Ženevské úmluvy a doplňkové ochrany zakotvené v čl. 14a zákona o azylu. Tento ochranný status nemá přímou oporu v Ženevské úmluvě, lze jej zde však vysledovat, a to v čl. 33 odst. 1. Doplňková ochrana primárně vychází z unijního práva a je pokusem o transpozici čl. 15 tzv. kvalifikační směrnice. Její kořeny lze nicméně

³⁵ Shodně viz Kosař, David; Molek, Pavel. Zákon o azylu : komentář. Vyd. 1. Praha : Wolters Kluwer Česká republika, 2010, s. 143.

³⁶ Tato úmluva se dále nevztahuje na osoby, které užívají ochrany nebo podpory od jiných orgánů nebo odborných organizací Spojených národů než je UNHCR (dříve UNKRA, nyní UNRWA) a ani na osobu, které příslušné úřady země, ve které se usadila, udělily práva a povinnosti spojené s udělením státní příslušnosti této země. Podle Příručky UNHCR k postupům pro určování právního postavení uprchlíků se tato část exkluzivní klauzule nevztahuje na osoby, kterým bylo uděleno občanství přijímací země. Naopak, obecně se vztahuje na osoby, které jsou stejného etnického původu jako obyvatelstvo přijímacího státu. Pod danými právy a povinnostmi je myšlena zejména ochrana cizince před jeho vyhoštěním či jinou formou vypovězení ze země.

³⁷ V současnosti spojováno zejména s terorismem.

vysledovat opětovně právě v Ženevské úmluvě a čl. 33 odst. 1. Z vymezení hrozby vážné újmy, pro kterou lze udělit doplňkovou ochranu, však lze dovodit, že primární vliv na charakter této subsidiární ochrany má rovněž i čl. 3 Evropské úmluvy. Dopad obou dokumentů lze odvodit ze samotného znění § 14a zákona o azylu. Doplňková ochrana se udělí cizinci, který sice nesplňuje důvody pro udělení azylu, nicméně ve správním řízení bude zjištěno, že zde jsou důvodné obavy, že by mu v případě jeho navrácení do země původu, hrozilo skutečné nebezpečí vážné újmy. Za vážnou újmu azylový zákon považuje uložení nebo vykonání trestu smrti, mučení nebo nelidské či ponižující zacházení. Zde lze spatřit nepochybnou inspiraci v čl. 3 Evropské úmluvy. Vážnou újmu je dále trestání žadatele o mezinárodní ochranu, vážné ohrožení jeho života nebo lidské důstojnosti z důvodu svévolného násilí v situacích mezinárodního nebo vnitřního ozbrojeného konfliktu, nebo pokud by vycestování cizince bylo v rozporu s mezinárodními závazky České republiky. Pilířem doplňkové ochrany je tedy respektování principu non-refoulement, a to v souladu s judikaturou Evropského soudu pro lidská práva. Na tomto místě lze upozornit na základní rozdíl mezi ochranou založenou na základě § 14a zákona o azylu a čl. 3 Evropské úmluvy. Doplňková ochrana není ochranou absolutní, neboť je oslabena důvody, pro které lze jedince z této ochrany vyloučit (viz § 15a zákona o azylu³⁸), naproti tomu čl. 3 zakotvující zákaz mučení, nelidského či ponižujícího zacházení anebo trestu je považován za zákaz bezvýjimečný.³⁹

Jen pro doplnění lze dále uvést, že v případě aplikace čl. 33 odst. 2 Ženevské úmluvy v režimu vnitrostátní právní úpravy cizinec přechází z režimu azylového zákona do zákona o pobytu cizinců,⁴⁰ konkrétně pak do režimu strpění pobytu na území. Cizinci se umožní si nejdéle do 60 dnů vyhledat přijetí v jiném státě. Pokud cizinec doloží, že přijetí v jiném státě nezískal, umožní mu policie podat žádost o udělení víza za účelem strpění pobytu na území⁴¹.

³⁸ Doplňkovou ochranu nelze cizinci udělit (a to, i když budou zjištěny důvody uvedené v § 14a), pokud je zde důvodné podezření, že se dopustil trestného činu proti míru, válečného trestného činu nebo trestného činu proti lidskosti ve smyslu mezinárodních dokumentů obsahujících ustanovení o těchto trestných činech, spáchal zvlášť závažný zločin, dopustil se činů, které jsou v rozporu se zásadami a cíli Organizace spojených národů, nebo představuje nebezpečí pro bezpečnost státu.

³⁹ K tomu srov. Větrovský, Jaroslav. Vyloučení z doplňkové ochrany v perspektivě Evropské úmluvy, s. 114-117. In. JÍLEK, Dalibor. Společný evropský azylový systém: doplňková ochrana : sborník. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2007. 235 s.

⁴⁰ Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

⁴¹ Srov. § 179 odst. 5 a § 33 odst. 1 písm. a) zákona o pobytu cizinců.

Vliv Ženevské a Evropské úmluvy, nebo rovněž také Úmluvy o právním postavení dítěte lze vysledovat i v ustanoveních azylového zákona vztahujících se k právům (sociálním, zdravotním) žadatele o mezinárodní ochranu v průběhu řízení nebo posléze po udělení azylu a rovněž tak i doplňkové ochrany.

4. DOPADY MEZINÁRODNÍCH ÚMLUV NA ROZHODOVACÍ ČINNOST MINISTERSTVA VNITRA A SPRÁVNÍCH SOUDŮ

Jak již bylo předesláno, druhou rovinu dopadu mezinárodních úmluv do azylového práva představuje promítnutí jednak těchto úmluv a jednak judikatury mezinárodních soudů do aplikační činnosti vnitrostátních správních a soudních orgánů.

Základní vodítko pro práci s mezinárodními úmluvami představuje čl. 10 Ústavy České republiky, který obecně vymezuje vztah mezinárodního a národního práva. Určuje, že pokud mezinárodní úmluva stanoví něco jiného nežli vnitrostátní právní předpis, mezinárodní smlouva získává přímou aplikační přednost oproti rozpornému vnitrostátnímu předpisu. V tomto směru je vhodné poukázat, že existence mezinárodních úmluv se samozřejmě nemohla vyhnout ani pozornosti Nejvyššího správního soudu při přezkumu rozhodnutí ve věci mezinárodní ochrany. Snad největší pozornost je věnována zásadě non-refoulement. Nejvyšší správní soud se zcela správně konstantně vyslovuje pro aplikační přednost mezinárodního závazku České republiky plynoucího z čl. 33 odst. 1 Ženevské úmluvy o právním postavení uprchlíků před vnitrostátní právní úpravou. Tento článek je i správními soudy označován za kogentní právní normu. S ohledem na převzetí podstatných částí Ženevské úmluvy do azylového zákona, ovšem v rozhodovací činnosti Ministerstva vnitra a soudů zpravidla nedochází k přímé aplikaci mezinárodní úmluvy⁴². To samé je možné říci i ve vztahu k dalším mezinárodním úmluvám. Vnitrostátní aplikační praxe si vystačí s azylovým zákonem, resp. azylovými směnicemi pocházejícími z unijního práva.

Pro aplikační praxi i výklad azylového práva českými správními a soudními orgány je nepochybně důležitá judikatura Evropského soudu pro lidská práva, a to jednak jako pouhá inspirace a pak také jako argumentační opora, že jejich rozhodnutí jsou vydávána v souladu s mezinárodními závazky České republiky. Ministerstvu vnitra ovšem lze vytknout mnohá rozhodnutí, vztahující se k odůvodnění neudělení doplňkové ochrany, opřená o tři stále stejná rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva vztahující se k čl. 3 Evropské úmluvy. Konkrétně se jedná o rozhodnutí ve věcech Cruz Varas, Vilvarajah a Costello-Roberts, přijatá na počátku 90. let. Odkaz na tato

⁴² Ministerstvo vnitra ostatně není ani primárně povoláno k tomu, aby posuzovalo, zda je cizinec uprchlíkem.

rozhodnutí lze chápat spíše jako formalismus a pouhou mechanickou citaci, aniž by správní orgán zkoumal závěry v nich vyslovené, a to v konfrontaci s konkrétně posuzovaným skutkovým stavem. Tato rozhodnutí jsou přitom již považována za překonaná a posledně uvedené pak nadto ani nedoléhá na problematiku doplňkové ochrany.⁴³

Zajímavou oblastí z hmotně právních roviny azylu je aplikace čl. 8 Evropské úmluvy, který i cizinci nacházejícímu se na území smluvního státu zaručuje ochranu soukromého a osobního života. Někteří neúspěšní žadatelé o mezinárodní ochranu v žalobách argumentují tím, že v případě jejich nuceného vycestování do země původu dojde k porušení právě tohoto článku. Tím pak podle nich dojde k porušení čl. 14a odst. 2 písm. d) zákona o azylu. Důvodová zpráva k azylovému zákonu říká, že za vážnou újmu by se mělo považovat i porušení tohoto článku. Judikatura Nejvyššího správního soudu⁴⁴ se však vydala zcela opačným směrem. Soud opakovaně vyslovil, že mezinárodní závazky zmiňované v § 14a nemohou být jakékoliv povahy, ale musejí se vztahovat ke skutečnostem, pro které lze udělit doplňkovou ochranu: rodinný život touto skutečností není.⁴⁵ Zatímco vztah Nejvyššího správního soudu k aplikaci daného čl. 8 lze označit přinejmenším za zdrženlivý, v režimu zákona o pobytu cizinců je situace zcela odlišná.⁴⁶

Stejně tak se správní soudy musí při posuzování možného porušení § 14a odst. 2 písm. d) zákona o azylu vypořádat s námitkami nedostatečné kvality zdravotní péče v zemi původu, a to ve vztahu k čl. 3 Evropské úmluvy (a to za situace, kdy by vyhoštění nemocného cizince mohlo být označeno za nelidské zacházení)⁴⁷ a čl. 13 Evropské sociální charty; tedy námitkou, že by Česká republika porušila uvedená ustanovení, pokud by navrátila cizince

⁴³ Analýza soudních rozhodnutí v azylových věcech v České republice, str. 7, pro UNHCR v ČR zpracoval Jaroslav Větrovský, OPU. Dostupné na www.unhcr.cz; a dále Kosař, David. Jak správně citovat judikaturu ESLP III.: Typické české (soudcovské) nešvary při citaci judikatury ESLP, dostupné na <http://jinepravo.blogspot.com/2010/05/jak-spravne-citovat-judikaturu-eslp-iii.html>

⁴⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 7. 2007, čj. 2 Azs 30/2007-69.

⁴⁵ Kosař, David; Molek, Pavel. Zákon o azylu : komentář. Vyd. 1. Praha : Wolters Kluwer Česká republika, 2010, s. 194.

⁴⁶ Viz pozn. 29.

⁴⁷ Evropský soud pro lidská práva shledává porušení čl. 3 při vyhoštění nemocného cizince jen ve výjimečných případech jako tomu bylo v rozsudku ze dne 2. 5. 1997, ve věci D. proti Spojenému království, stížnost č. 30240/96). Soud naopak ve věci N. proti Spojenému království (ze dne 27. 5. 2008, stížnost č. 26565/05) nebo též ve věci Salkic a ostatní proti Švédku (rozhodnutí ze dne 29. 6. 2004, stížnost č. 7702/04) vyslovil, že čl. 3 neukládá členským státům povinnost zmírňovat rozdíly v kvalitě lékařské péče prostřednictvím poskytování bezplatné a neomezené zdravotní péče cizincům, kteří nepobývají legálně na jejich území. K tomu také viz rozsudek NSS ze dne 17. 12. 2009 6 Azs 34/2009-89.

do země jeho původu, kde mu nebude poskytnuta lékařské péče srovnatelná s péčí poskytovanou v České republice. Rovněž i v tomto případě Nejvyšší správní soud neshledává důvody pro přímou aplikaci těchto dokument. Tento soud⁴⁸ pak k posledně uvedenému dokumentu vyslovil, že z jeho článku 13, pokud je ve vztahu mezi konkrétní osobou a ČR aplikovatelný, plyne právo této osoby na určitou úroveň zdravotní péče, nikoli ovšem právo, aby tato úroveň byla zachována i po jejím opuštění ČR. Z tohoto článku lze dovodit toliko právo na zdravotní péči v daném smluvním státu, nikoli právo všech občanů všech smluvních států na tu úroveň zdravotní péče, která je poskytována ve smluvním státě s nejvyšší úrovní poskytované zdravotní péče.

V případě rozporu mezinárodní a národní normy se aplikační přednost mezinárodní úmluvy uplatní nejenom ve vztahu k azylovému zákonu (k čemuž však často nedochází, jak již bylo uvedeno) a dalším hmotně právním normám, ale také i normám procesním, zvláště pak k soudnímu řádu správnímu. Správní soudnictví je ovládáno dvěma základními zásadami, a to zásadou koncentrační a zásadou dispoziční. V tomto směru existují některá zajímavá rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, ve kterých tento soud posuzoval, zda a jak jsou tyto principy prolomitelné, a to právě skrze pravidlo non-refoulement: tedy skrze čl. 33 Ženevské úmluvy a čl. 3 Evropské úmluvy.

Koncentrace soudního řízení (§ 71 odst. 2 a 72 odst. 1 s. ř. s.⁴⁹) spočívá v tom, že žalobu lze rozšiřovat pouze ve lhůtě pro její podání. V praxi nastala otázka, jak se má krajský soud postavit k nově uplatněným důkazům, které se vztahují k možnému ohrožení cizince při jeho návratu do země původu. Krajské soudy takové důkazy většinou odmítaly s tím, že byly jednak předloženy po lhůtě pro podání žaloby a jednak že by k nim nemohly přihlídnout ani z důvodu, že soudy přezkoumávají zákonnost rozhodnutí ve vztahu ke skutkovému stavu, který tu byl v době vydání rozhodování správního orgánu (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). Nejvyšší správní soud však rozhodl zcela opačným způsobem⁵⁰. Vyslovil, že soudy jsou i při aplikaci kogentních norem procesního práva vázány článkem 10 Ústavy ČR. Nesmí proto aplikovat vnitrostátní ustanovení § 71 odst. 2 větu třetí s. ř. s., pokud by její aplikace nutně a nevyhnutelně vedla k porušení zásady non-

⁴⁸ Rozsudek NSS ze dne 26. 7. 2007, čj. 2 Azs 30/2007-77.

⁴⁹ Podle těchto ustanovení žalobce může rozšířit žalobu na dosud nenapadené výroky správního rozhodnutí nebo ji rozšířit o další žalobní body jen ve lhůtě pro podání žaloby, tedy ve lhůtě 7 nebo 15 dnů od doručení napadaného správního rozhodnutí ve smyslu § 32 odst. 1 a odst. 2 zákona o azylu.

⁵⁰ Exemplárním příkladem je rozsudek NSS ze dne 21. 3. 2006, čj. 2 Azs 75/2005-75, nebo ze dne 4. 8. 2005, čj. 2 Azs 343/2004-56 a dále rozsudek ze dne 28. 4. 2010, čj. 2 Azs 8/2010-75. K tomu též Molek, Pavel. Aplikační přednost mezinárodního práva při udělování mezinárodní ochrany. s. 180-197. In Jílek, Dalibor. Společný evropský azylový systém: doplňková ochrana : sborník. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2007. 235 s.

refoulement obsažené v čl. 33 odst. 1 Ženevské úmluvy či k porušení zákazu vyhostit cizince do země, kde by byl vystaven hrozbě mučení či nelidského a ponižujícího zacházení či trestu, jenž vyplývá z čl. 3 Evropské úmluvy. Proto, pokud se i později objeví důkazy, které svědčí o možném porušení principu non-refoulement, není možné je pominout. Ověření relevance takového nově předloženého důkazu má primárně proběhnout před tím orgánem, kde vyšel poprvé najevo. Přednostní aplikace mezinárodní úmluvy totiž musí platit v každém okamžiku⁵¹. Tímto orgánem je tedy v takovém případě krajský soud. Nejvyšší správní soud k tomu dále uvedl, že nechat posouzení takové skutečnosti správním orgánem by mohlo dojít kupříkladu při nepřezkoumatelnosti azylového rozhodnutí, popřípadě nutnosti obsáhlého doplnění dokazování, výrazně přesahujícího kasační postavení správního soudu. Pravidlo non-refoulement tudíž prolomuje vnitrostátní kogentní zásadu koncentrace soudního řízení.

Onou druhou kogentní zásadou správního soudnictví je zásada dispoziční. Ta spočívá v tom, že krajský soud musí přezkoumat správní rozhodnutí jen v rozsahu uplatněných žalobních bodů. V případě, kdy je žádost o mezinárodní ochranu zamítána jako zjevně nedůvodná podle § 16 azylového zákona⁵², musí se správní orgán současně zabývat i možným udělením doplňkové ochrany a tedy zkoumat dodržení principu non-refoulement.⁵³ Pokud se správní orgán k této otázce nevyjádří, jeho rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost neobstojí. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 11. 2. 2009, čj. 1 Azs 107/2008–78, ve vztahu k § 16 odst. 2 zákona o azylu vyslovil, že krajský soud musí z moci úřední přezkoumat, zda správní orgán rozhodoval o udělení doplňkové ochrany, a to nezávisle na tom, zda žalobce takovou námitku uplatnil v žalobě. Tento právní názor byl však nedávno zvrácen rozšířeným senátem⁵⁴, podle kterého za situace, kdy žaloba neobsahovala žádné námitky týkající se doplňkové ochrany, a krajský soud neměl poznatky o tom, že by ve věci mohla být porušena zásada non-refoulement, měl přezkoumat napadené správní rozhodnutí pouze v mezích žalobních bodů. Pravidlo non-refoulement tedy zásadu dispoziční (dosud) neprolomilo.

⁵¹ Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 14. 6. 2007, čj. 9 Azs 23/2007-64, vyslovil, že „(p)okud jde o časový moment, kdy má k přednostní aplikaci dojít, pak logickou úvahou lze dospět k jedinému závěru, a to, že k této aplikaci musí dojít v tom řízení a před tím orgánem, kdy tato skutečnost vyjde najevo poprvé. Platí-li totiž ústavní princip přednostní aplikace mezinárodní úmluvy obecně, pak platí zásadně vždy a v každém okamžiku.“

⁵² Např. proto, že z postupu žadatele patrné, že žádost o mezinárodní ochranu podal pouze s cílem vyhnout se hrozícímu vyhoštění; v řízení uvádí zjevně nevěrohodné skutečnosti; nebo neuvádí skutečnosti svědčící o tom, že by mohl být vystaven pronásledování z důvodů uvedených v § 12 nebo že mu hrozí vážná újma podle § 14a zákona o azylu.

⁵³ K tomu srov. rozsudek NSS ze dne 15. 8. 2008, čj. 5 Azs 24/2008-48.

⁵⁴ Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 8. 3. 2011, čj. 7 Azs 79/2009-84.

K zásadě dispoziční a pravidlu non-refoulement lze odkázat na jiné nedávné rozhodnutí Nejvyššího správního soudu⁵⁵, které se vztahovalo k samotnému správnímu řízení. Řízení o udělení mezinárodní ochrany je řízením o žádosti, proto by mělo být primárně na samotném žadateli, aby uvedl všechny podstatné důvody, pro které uprchl ze země původu nebo má obavy se do ní vrátit, a tudíž pro které žádá o azyl nebo doplňkovou ochranu. Nejvyšší správní soud se v daném rozhodnutí zabýval situací, kdy správní orgán disponoval poznatky o tom, že proti žadateli o mezinárodní ochranu je v zemi původu vedeno trestní řízení a současně byla podána extradiční žádost. Tuto informaci mu ovšem řádně nepředestřel a spokojil s odpovědí žadatele, že neví, že je trestně stíhán. Na těchto skutkových základech Nejvyšší správní soud vyslovil, že uvedené skutečnosti jsou způsobilé ovlivnit postavení žadatele o mezinárodní ochranu, a to právě ve vztahu k principu non-refoulement. Proto konstatoval nezákonnost postupu správního orgánu (a rovněž i krajského soudu, který nepřihlédl k novým informacím vztahujícím se k žádosti o vydání žadatele do vlasti) a vyslovil, že je povinností správního orgánu, aby při respektování uvedeného kogentního pravidla žadateli předestřel všechny v tomto směru relevantní informace, a nechal na zvážení samotného žadatele, zda o tyto informace bude opírat svou žádost či nikoliv.

5. ZÁVĚREM

Ze shora uvedeného je zřejmý velký a zásadní dopad mezinárodních úmluv na české azylové právo. Projevuje se v různých přímých i nepřímých aspektech. Zásadní vliv zejména na hmotně právní azylové normy i samotnou podobu zákona má zejména Ženevská úmluva, která jednoznačně ovlivňuje i příslušné směrnice unijního práva, jež tvoří základ společného evropského azylového systému. Jejím nejmarkantnějším odrazem v azylovém zákoně je samotné vymezení toho, komu lze a komu nelze udělit azyl. Druhým významným dokumentem je pak Evropská úmluva o lidských právech, jejíž dopad se projevuje především v aplikační praxi Ministerstva vnitra a Nejvyššího správního soudu. Její význam tak spočívá především v navazující judikatuře Evropského soudu pro lidská práva, o jehož judikaturu se opírají některá rozhodnutí uvedených orgánů. Do budoucna lze předpokládat, že bude takových rozhodnutí stále více přibývat. Při pohledu na judikaturu Nejvyššího správního soudu je možné uzavřít, že zatímco dříve byl považován za důležitější jednoznačně institut azylu, čemuž také odpovídala příslušná judikturní činnost, v současné době se do centra pozornosti stále více dostává doplňková ochrana skrze princip non-refoulement. Ten prolamuje jak normy hmotného práva, tak i kogentní normy procesního práva. Do budoucna bude jistě zajímavé sledovat další vývoj rozhodovací praxe správních soudů, které budou pravděpodobně

⁵⁵ Rozsudek NSS ze dne 28. 2. 2011, čj. 8 Azs 1/2011-82.

rozšiřovat soudní přezkum a tím pádem i ochranu poskytovanou žadatelům o mezinárodní ochranu.

Literature:

- Čepelka, Č., Jílek, D., Šturma, P.. Azyl a uprchlictví v mezinárodním právu. Vyd. 1. Brno : Masarykova univerzita, 1997. 262 s., ISBN 8021014938.
- Jílek, D. Odpověď mezinárodního práva na hromadné uprchlictví. Vyd. 1. Brno : Masarykova univerzita, 1996. 240 s., ISBN 8021013370
- Jílek, D. Společný evropský azylový systém: doplňková ochrana : sborník. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2007. 235 s. ISBN 9788021044760.
- Kosař, D, Molek, P. Zákon o azylu : komentář. Vyd. 1. Praha : Wolters Kluwer Česká republika, 2010. 683 s. ISBN 9788073574765.
- Šturma, P., Honusková, V., Čepelka, Č. a kol. Teorie a praxe azylu a uprchlictví. Univerzita Karlova v Praze, 2006, s. 239. ISBN 808588979X.
- Větrovský, J. Analýza soudních rozhodnutí v azylových věcech v České republice, dostupné na <http://www.unhcr.cz>.
- Příručka k postupům pro určování právního postavení uprchlíků a vybraná doporučení UNHCR z oblasti mezinárodní ochrany. Vydal UNHCR v srpnu 2006, s. 121.
- Příručka UNHCR k mezinárodní ochraně uprchlíků a Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, vydáno v únoru 2007, s. 79.

Contact – email

102839@mail.muni.cz

ODŮVODNĚNÍ LEGISLATIVNÍCH AKTŮ EVROPSKÉ UNIE

RADEK FRÖHLICH

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá odůvodňováním legislativních aktů Evropské unie. Mou ambicí je prokázat, že ačkoliv řadíme odůvodnění mezi formální náležitosti právního aktu, nejedná se v žádném případě o pouhou formalitu. Značný praktický význam odůvodnění je předurčen především procesem jeho vzniku a začleněním do preambule legislativního aktu Unie. V příspěvku se proto pokusím objasnit, jaké funkce má odůvodnění plnit a jaké požadavky jsou za tím účelem kladeny na jeho obsah.

Key words in original language

Odůvodnění; legislativní akt; preambule.

Abstract

This paper deals with how legislative acts of the European Union are reasoned. Although we classify the statement of reasons as a formal requirement of the act, the ambition of this paper is to demonstrate that this is not a mere formality. The considerable practical importance of the statement of reasons is determined by the process of its formation and incorporation into the preamble of a legislative act of the Union. Therefore the paper attempts to clarify what functions the reasoning is to perform and what requirements are imposed on its content for this purpose.

Key words

Statement of reasons; legislative act; preamble.

1. ÚVOD DO PROBLEMATIKY

Právní řády členských států Evropské unie zpravidla neobsahují obecně stanovenou povinnost odůvodňovat normativní právní akty¹ a již vůbec ne povinnost učinit toto odůvodnění součástí přijatého aktu. Zpravidla znají pouze povinnost odůvodňovat soudní či správní rozhodnutí. V evropském právu je však povinnost odůvodňovat právní akty koncipována obecně a vztahuje se jak na akty individuální, tak na akty normativní. Této povinnosti tak není zproštěn ani zákonodárce. Evropské právo lze proto v tomto ohledu považovat za poměrně inovativní a analýza fungování tohoto institutu může být inspirací i pro vnitrostátní právní prostředí.

¹ Srovnej TÝČ, Vladimír. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. 6. přeprac. a aktualiz. vyd. Praha : Leges, 2010. s. 84.

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA

Povinnost odůvodňovat legislativní akty Evropské unie je součástí evropského práva již od jeho počátků. Byla obsažena již v čl. 15 Smlouvy o založení ESUO a dále v obou Římských smlouvách.² V současné době je tato povinnost zakotvena především v čl. 296 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen SFEU), který stanoví: „*Právní akty musí obsahovat odůvodnění a odkazovat na návrhy, podněty, doporučení, žádosti nebo stanoviska požadovaná smlouvami.*“

Rozborem tohoto poměrně stručného ustanovení lze zjistit, že zakotvuje dva druhy povinností: **povinnost odkazovací** a **povinnost odůvodňovací**. Ačkoliv spolu obě povinnosti úzce souvisí, každá slouží k naplňování odlišných funkcí a jejich porušení vyvolává odlišné právní následky.³ Tento příspěvek se blíže zabývá pouze povinností odůvodňovací.

Dále lze z textu výše citovaného ustanovení vyvodit, že odkazy a odůvodnění musí být součástí samotného právního aktu. V praxi je tento požadavek unijními orgány respektován a odkazy i odůvodnění jsou tradičně zahrnuty do preambule přijímaných normativních právních aktů.⁴

3. PREAMBULE UNIJNÍCH AKTŮ

Preambule unijních aktů může na první pohled připomínat preambule mezinárodních smluv. Hlavním rozdílem je však to, že zatímco preambule mezinárodních smluv zmiňují cíle smluvních stran, preambule unijních aktů zmiňují důvody, jež zákonodárce k přijetí daného aktu vedly.⁵ Shodným rysem ovšem je, že jak preambule mezinárodních smluv, tak preambule unijních aktů nenesou normativní obsah a mohou tak posloužit toliko jako pomůcka při výkladu.

Dle judikatury ESD nemá preambule unijních právních aktů, a tedy ani odůvodnění v ní obsažené, právní závaznost. Odůvodnění proto nemůže být

² Viz čl. 190 Smlouvy o založení EHS a čl. 162 Smlouvy o založení Evropského společenství pro atomovou energii v původním znění.

³ Viz KRAJEWSKI, Markus; RÖSSLEIN, Ulrich. EGV Art. 253. In Das Recht der Europäischen Union [online]. München : C.H.Beck, 2009, marg. 1 [cit. 2011-05-10]. Dostupné z Beck-online.de: <http://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata/komm/GrabHilKoEUR_40/EGV/cont/GrabHilKoEUR.EGV.a253%2Ehtm>

⁴ Srovnej např. TICHÝ, Luboš. Evropské právo. 4. vyd. Praha : C.H. Beck, 2011. s. 246. nebo TÝČ, Vladimír. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. 6. přeprac. a aktualiz. vyd. Praha : Leges, 2010. s. 84.

⁵ Viz KRAJEWSKI, Markus; RÖSSLEIN, Ulrich. EGV Art. 253. In Das Recht der Europäischen Union [online]. München : C.H.Beck, 2009, marg. 37 [cit. 2011-05-10]. Dostupné z Beck-online.de: <http://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata/komm/GrabHilKoEUR_40/EGV/cont/GrabHilKoEUR.EGV.a253%2Ehtm>

uplatňováno jako důvod pro odchýlení se od normativních ustanovení dotčeného aktu či pro výklad těchto ustanovení ve smyslu zjevně odporujícím jejich znění.⁶ Přesto však nelze přehlížet značný faktický vliv, jenž odůvodnění právních aktů EU ve skutečnosti má. Ten je nesrovnatelně větší, než je tomu u běžných důvodových zpráv. Hlavním důvodem je to, že odůvodnění samo se stává součástí daného právního aktu, je tedy současně s ním projednáváno a následně schvalováno zákonodárcem. To má za následek, že jsou vedeny diskuze i o bodech odůvodnění. Přijaté znění odůvodnění tak již nepředstavuje pouze shrnutí důvodů předkladatele návrhu, jak je tomu u důvodových zpráv,⁷ nýbrž se jedná o odůvodnění samotného zákonodárce.⁸ Tento fakt se odráží i v odlišném využití daného textu jako výkladového materiálu. **Zatímco důvodovou zprávu mohou využít pouze v rámci historického výkladu, odůvodnění obsažené v preambuli aktu může posloužit i v rámci výkladu teleologického.**

4. ÚČEL ODŮVODNĚNÍ

Výše citované ustanovení článku 296 SFEU odůvodňovací povinnost pouze zakotvuje, aniž by ji blíže specifikovalo. Z textu smluv tak nelze vyčíst, jaké požadavky jsou kladeny na obsah odůvodnění a za jakých podmínek lze odůvodnění považovat za dostatečné. Pro zodpovězení těchto otázek je tak třeba pátrat po smyslu a účelu odůvodňovací povinnosti.⁹

Dle judikatury ESD je hlavním účelem odůvodnění umožnit **vnější kontrolu** opatření Unie. Ta může být vykonávána ať již prostřednictvím dotčených osob, členských států a jejich orgánů nebo také prostřednictvím orgánů Unie. Přirozeným vyústěním této kontroly pak je kontrola soudní, jež je vykonávána Evropským soudním dvorem.¹⁰ V úvahu připadá

⁶ Viz např. rozsudky Soudního dvora ze dne 2. dubna 2009 (C-134/08 Tyson Parketthandel), ze dne 24. listopadu 2005 (C-136/04 Deutsches Milch-Kontor GmbH), ze dne 19. listopadu 1998 (C-162/97 Nilsson a další), ze dne 25. listopadu 1998 (C-308/97 Manfredi).

⁷ S tím je samozřejmě spojeno i to, že po větším množství pozměňovacích návrhů již nemusí přijatý zákon zdaleka odpovídat předloženému odůvodnění.

⁸ Srovnej KARPENSTEIN, Ulrich; REDEKER, Konrad. Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen. Neue Juristische Wochenschrift. 2001, Heft 39, s. 2830.

⁹ Obdobně SCHMIDT, Gudrun. Artikel 253, Pflicht zur Begründung und zur Bezugnahme auf einzuholende Äußerungen. In Kommentar zum EU-/EG-Vertrag [online]. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, marg. 3 [cit. 2011-05-10]. Dostupné z Beck-online.de: <<http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FGroebenSchwarzeKoEUV%2FEGV%2Fcont%2FGroebenSchwarzeKoEUV%2EEGV%2Ea253%2Ehtm>>

¹⁰ Srovnej rozsudky Soudního dvora ze dne 7. července 1981 (58/80 Rewe) a ze dne 26. března 1987 (45/86 Komise v. Rada).

posouzení platnosti aktu v rámci řízení o neplatnost či v rámci řízení o předběžné otázce.

V literatuře¹¹ je za další funkci odůvodnění normativních aktů označována **kontrola vnitřní**. Tu provádí sám zákonodárský orgán. Vychází se zde z představy, že již sama povinnost stylizovat a zveřejnit odůvodnění aktu, nutí zákonodárce k tomu, aby vydání aktu předcházela racionální úvaha. Snaha vyzdvihnout hlavní účel navrhované regulace tak může například přispět k větší konzistentnosti a systematickosti přijímané úpravy. Zákonodárce tak má k dispozici jakýsi samokontrolní mechanismus,¹² jenž má zabránit vydávání neuvážených aktů.

5. OBSAH ODŮVODNĚNÍ

O faktické naplňování těchto funkcí usiluje již přes padesát let svou judikaturou ESD. Ten již svými prvními rozsudky vyplňoval obsah odůvodňovací povinnosti a zakotvil určité minimální standardy, které musí evropský zákonodárce respektovat.

Obecně lze dle judikatury ESD odůvodnění považovat za dostatečné tehdy, pokud: „*dotčené osoby mohou seznat důvody, které vedly k přijetí daného opatření, a příslušný soud může vykonávat svou kontrolní funkci.*”¹³

Odůvodnění opatření tak musí obsahovat nejdůležitější právní a skutkové úvahy, na nichž se dané opatření zakládá a které jsou potřebné pro porozumění myšlenkovému pochodu, na jehož základě zákonodárce rozhodnutí přijal.¹⁴

Je-li odůvodnění formulováno nejasně či mnohoznačně, nebo pokud si rozhodující body odůvodnění vzájemně odporují či odporují obsahu normativní části, je to důvodem pro prohlášení daného aktu za neplatný pro porušení podstatných formálních náležitostí.¹⁵

¹¹ Viz např. KRAJEWSKI, Markus; RÖSSLEIN, Ulrich. EGV Art. 253. In Das Recht der Europäischen Union [online]. München : C.H.Beck , 2009, marg. 12 [cit. 2011-05-10]. Dostupné z Beck-online.de: <http://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata/komm/GrabHilKoEUR_40/EGV/cont/GrabHilKoEUR.EGV.a253%2Ehtm>

¹² Srovnej bod 31 Interinstitucionální dohody Evropského parlamentu, rady a Komise (2003/C 321/01) ze dne 16. prosince 2003. Dostupné z: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:321:0001:0005:EN:PDF>>

¹³ Viz bod 49 rozsudku Soudního dvora z 11. září 2003, C-445/00 Rakousko v. Rada.

¹⁴ Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 4. července 1963, 24/62 Německo v. Komise. Obdobně i KARPENSTEIN, Ulrich; REDEKER, Konrad. Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen. Neue Juristische Wochenschrift. 2001, Heft 39, s. 2829.

¹⁵ Tamtéž s. 2830.

Zvláštní pozornost je třeba věnovat především ustanovením, která obsahují odchylnou právní úpravu, jsou v rozporu s obecnými pravidly, představují výjimku ze zásady, znevýhodňují některé osoby nebo těm, která stanoví vstup v platnost dnem vyhlášení.¹⁶ Mimo to je třeba v odůvodnění aktu dále uvést, proč byl zvolen ten který právní nástroj za situace, kdy Smlouvy nepředepisují konkrétní typ právního aktu.¹⁷ Specifický význam dále mají body odůvodnění týkající se dodržování principu subsidiarity a proporcionality.¹⁸

Z výše uvedené judikatury je vidět, že důraz na jasnost, konzistentnost a důkladnost odůvodnění je kladen obzvláště tehdy, existují-li určité pochyby o souladu daného aktu s normami vyšší právní síly.¹⁹

6. ZÁVĚREČNÉ ZHODNOCENÍ

Institut odůvodnění normativních právních aktů Unie se za více jak padesát let své existence stal nezanedbatelnou součástí principu právního společenství. Je významným přínosem jak pro adresáty právních norem, tak pro samotného zákonodárce.

Z pohledu adresátů právních norem odůvodnění vytváří záruku proti svévoli, zvyšuje transparentnost unijních aktů a umožňuje výkon kontroly evropské normotvorby.²⁰ Nehledě na to mohou vhodně zvolené body odůvodnění předem vyřešit i mnoho potencionálně sporných otázek (resp. mnoho sporných otázek může být vyřešeno jedním krátkým pohledem do odůvodnění daného aktu),²¹ čímž je zvyšována předvídatelnost práva a podporována právní jistota.

¹⁶ Viz Společná praktická příručka Evropského parlamentu, Rady a Komise pro osoby podílející se na redakci právních předpisů v orgánech Evropského společenství [online]. Lucemburk : Úřad pro úřední tisky Evropských společenství, 2008, s. 31 [cit. 2011-05-09]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/cs/techleg/pdf/2007_6655.pdf>

¹⁷ Tamtéž s. 30.

¹⁸ Viz čl. 5 Protokolu č. 2 o používání zásady subsidiarity a proporcionality.

¹⁹ Obdobně SCHMIDT, Gudrun. Artikel 253, Pflicht zur Begründung und zur Bezugnahme auf einzuholende Äußerungen. In Kommentar zum EU-/EG-Vertrag [online]. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, marg. 2 [cit. 2011-05-10]. Dostupné z Beck-online.de: <<http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FGroebenSchwarzeKoEUV%2FEGV%2Fcont%2FGroebenSchwarzeKoEUV%2EEGV%2Ea253%2Ehtm>>

²⁰ Srovnej KRAJEWSKI, Markus; RÖSSLEIN, Ulrich. EGV Art. 253. In Das Recht der Europäischen Union [online]. München : C.H.Beck , 2009, marg. 14 [cit. 2011-05-10]. Dostupné z Beck-online.de: <http://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata/komm/GrabHilKoEUR_40/EGV/cont/GrabHilKoEUR.EGV.a253%2Ehtm>

²¹ Obdobně KARPENSTEIN, Ulrich; REDEKER, Konrad. Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen. Neue Juristische Wochenschrift. 2001, Heft 39, s. 2831.

Z pohledu zákonodárce vytváří institut odůvodnění nový komunikační kanál s adresáty právních norem.²² Nejenže tak má zákonodárce možnost vysvětlit a ospravedlnit přijatá opatření, ale mimo to získává i nástroj k usměrňování budoucího výkladu. Jsou-li totiž známy důvody, jež zákonodárce k přijetí normy vedly, a cíle, jichž má být dosaženo, jsou tím zároveň nastaveny mantinely pro teleologický výklad. Dochází tak k omezení prostoru pro účelové ohýbání norem dle aktuálních zájmů uživatele daného aktu a je tím zároveň přispíváno k větší jednotnosti výkladu v rámci Unie.

Literature:

- KARPENSTEIN, Ulrich; REDEKER, Konrad. Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen. Neue Juristische Wochenschrift. 2001, Heft 39, s. 2825-2831.
- KRAJEWSKI, Markus; RÖSSLEIN, Ulrich. EGV Art. 253. In Das Recht der Europäischen Union [online]. München : C.H.Beck , 2009 [cit. 2011-05-10]. Dostupné z Beck-online.de: <http://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata/komm/GrabHilKoEUR_40/EGV/cont/GrabHilKoEUR.EGV.a253%2Ehtm>
- MELZER, Filip. Metodologie nalézání práva : úvod do právní argumentace. Praha : C.H. Beck, 2010. 276 s. ISBN 9788074001499.
- SCHMIDT, Gudrun. Artikel 253, Pflicht zur Begründung und zur Bezugnahme auf einzuholende Äußerungen. In Kommentar zum EU-/EG-Vertrag [online]. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003 [cit. 2011-05-10]. Dostupné z Beck-online.de: <<http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FGroebenSchwarzeKoEUV%2FEGV%2Fcont%2FGroebenSchwarzeKoEUV%2EEGV%2Ea253%2Ehtm>>
- TICHÝ, Luboš. Evropské právo. 4. vyd. Praha : C.H. Beck, 2011. 953 s. ISBN 9788074003332.
- TÝČ, Vladimír. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. 6. přeprac. a aktualiz. vyd. Praha : Leges, 2010. 301 s. ISBN 9788087212608.

²² MELZER, Filip. Metodologie nalézání práva : úvod do právní argumentace. Praha : C.H. Beck, 2010. s. 43.

Další zdroje

- Interinstitucionální dohoda Evropského parlamentu, Rady a Komise (2003/C 321/01) ze dne 16. prosince 2003. Dostupné z: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:321:0001:0005:EN:PDF>>
- Společná praktická příručka Evropského parlamentu, Rady a Komise pro osoby podílející se na redakci právních předpisů v orgánech Evropského společenství [online]. Lucemburk : Úřad pro úřední tisky Evropských společenství, 2008, 83 s. ISBN 9789279078071. [cit. 2011-05-09] Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/cs/techleg/pdf/2007_6655.pdf>
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 4. července 1963, 24/62 Německo v. Komise.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 7. července 1981, 158/80 Rewe.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 26. března 1987, 45/86 Komise v. Rada.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 19. listopadu 1998, C-162/97 Nilsson a další.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 25. listopadu 1998, C-308/97 Manfredi.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 24. listopadu 2005, C-136/04 Deutsches Milch-Kontor GmbH.
- Rozsudek Soudního dvora z 11. září 2003, C-445/00 Rakousko v. Rada.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 2. dubna 2009, C-134/08 Tyson Parketthandel.

Contact – email

radek.frohlich@gmail.com

HABITUAL RESIDENCE IN BRUSSELS II BIS

HANA HALADOVÁ

Faculty of Law, Masaryk university, Brno, Czech republic

Abstract in original language

In my article I'm trying to deal with the question of habitual residence in the context of Regulation (EC) No. 2201/2003 (Brussels II bis). The term habitual residence itself is not defined in the Regulation. It also occurs in Member States laws, which can cause some interpretation problems. The article tries to point out some definitions of the habitual residence definition in the Member States systems of law and assess whether it is possible for the national definitions to cohere with the Regulation as the instrument of unification.

Key words in original language

habitual residence

”The term habitual residence was not created by the EU, but it is a connecting factor existing for several decades in the international area.“
“Habitual residence was also enforced so that the autonomous international interpretation could take place without any kind of prejudice, independent of the law of any Member State, and so that there is universally applicable connecting factor. And especially this aim would be hardly achieved through the criteria of domicile, which is a traditional part of English law, in a slightly different form in American law and in a completely different form in continental law. The concept of habitual residence reflects the factual relationship between a person and place, not relationship in the legal sense. The interpretation of this concept cannot be bound by any predefined rules which would not be able to adapt to all situations arising in real terms and thus would create a legal fiction.”¹

The concept of habitual residence is a key concept used in Regulation (EC) No 2201/2003, (the Brussels II bis Regulation) to determine the jurisdiction. This term is used in article 3 and 8(1). The habitual residence is here only mentioned but not defined. That leaves the place for the European Court of Justice to give the definition. The concept of habitual residence is not a new concept in the national legislation of some Member States. These two

¹ ZAVADILOVÁ, Marta, TUROŇOVÁ, Jana. Pravidla určování mezinárodní soudní příslušnosti dle nařízení Brusel II bis ve světle nejnovější judikatury Evropského soudního dvora. Právní rozhledy: časopis pro všechna právní odvětví, Praha, Beck. ISSN 1210-6410, 2010, vol. 2010, no. 7, p. 246-252.

facts lead the Member States to use their own interpretation rules; but it's also allowed to determine the habitual residence on a case-by-case basis.

The European Court of Justice has given the definition of habitual residence in the case C-523/07. In the judgement it is said: „the concept of ‘habitual residence’ under Article 8(1) of Regulation No 2201/2003 must be interpreted as meaning that it corresponds to the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment. To that end, in particular the duration, regularity, conditions and reasons for the stay on the territory of a Member State and the family's move to that State, the child's nationality, the place and conditions of attendance at school, linguistic knowledge and the family and social relationships of the child in that State must be taken into consideration. It is for the national court to establish the habitual residence of the child, taking account of all the circumstances specific to each individual case.“

A child is habitually resident under Article 8(1) of Regulation No 2201/2003 in the place in which the child -- making an overall assessment of all the relevant factual circumstances, in particular the duration and stability of residence and familial and social integration – has his or her centre of interests. Only if no habitual residence in that sense can be established and if no jurisdiction based on Article 12 exists do the courts of the Member State in which the child is present have jurisdiction under Article 13(1) of the Regulation.

„The AG emphasises that the basic idea underlying the rules on jurisdiction in Brussels II bis is that the courts of the Member State should have jurisdiction which are best placed to take decisions concerning parental responsibility. And these are – because of proximity – the courts of the Member State in which the child is habitually resident (para. 18). Even though also mere presence may establish proximity to the courts of the respective State, the AG stresses that mere presence does not lead to a relationship of the same quality as habitual residence (para. 20). Thus, criteria must be developed in order to distinguish habitual residence from mere presence.

Taking into consideration the wording and objectives of Brussels II bis as well as the relevant multilateral conventions, AG states that “the concept of habitual residence in Article 8 (1) of the Regulation should therefore be understood as corresponding to the actual centre of interests of the child.” (para. 38) As relevant criteria for the distinction between habitual residence and the mere (temporary) presence, the AG designates in particular a certain duration and regularity of residence, which might be interrupted as long as it is only a temporary absence (para. 41 et seq.). Further, the familial and

social situation of the child constitute important indicators for habitual residence (para. 47 et seq.).”²

„The Brussels II bis Regulation have introduced quite a revolutionary solution with regard to the jurisdiction of Czech courts which differs from the determination of the jurisdiction of Czech courts in cases dealing with the custody and maintenance of minor children according to valid Czech law. Under a. 39(1) Private International Law Act the jurisdiction of the Czech courts is established even if the children who are Czech nationals, live abroad. This traditional solution establishing the jurisdiction of courts according to state nationality (citizenship) is considered to be somewhat out of date in today's Europe; modern legal systems recognise the jurisdiction of a court according to the habitual residence or presence of a child or any other relevant person. The latter approach, reflecting the reality in a more efficient way, should be taken into consideration when working on legislation which is in progress within the EU, for example in the area of family law and succession.”³

In the judgment no. 30 Cdo 2855/2005 it is proved that the Czech judiciary practice follows the provisions of Brussels II bis Regulation. The Supreme Court pronounced that since we joined the EU, the Regulations are directly applicable and that's why the jurisdiction should be established on the basis of the Brussels II bis Regulation. The Court also pronounced that under the Brussels II bis Regulation the jurisdiction of the Slovak republic where the child and his parents are habitually resident is established. Although the Czech Private International Law Act is not up to date with the european legislation, the Czech Courts decide in accordance with the Brussels II bis Regulation thanks to usage of the direct effect of Regulations doctrine.

² GAERTNER, Veronika. AG Opinion on Brussels II bis Regulation. Conflict of Laws.net [online]. Last modified 30 January 2009 [cited on March 17th, 2011]. Available at: <http://conflictoflaws.net/2009/ag-opinion-on-brussels-ii-bis-regulation/>

³ BOELE-WOELKI, Katharina; GONZÁLES BEIFLUSS, Christina. Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States. Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2007. p. 81. ISBN 978-90-5095-644-4.

Literature:

- BOELE-WOELKI, Katharina; GONZÁLES BEIFLUSS, Christina. Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States. Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2007. 323 p. ISBN 978-90-5095-644-4.
- GAERTNER, Veronika. AG Opinion on Brussels II bis Regulation. Conflict of Laws.net [online]. Last modified 30 January 2009 [cited on March 17th, 2011]. Available at: <http://conflictoflaws.net/2009/ag-opinion-on-brussels-ii-bis-regulation/>.
- ZAVADILOVÁ, Marta, TURONOVÁ, Jana. Pravidla určování mezinárodní soudní příslušnosti dle nařízení Brusel II bis ve světle nejnovější judikatury Evropského soudního dvora. Právní rozhledy: časopis pro všechna právní odvětví, Praha, Beck. ISSN 1210-6410, 2010, vol. 2010, no. 7, p. 246-252.

Contact – email

Hanka.haladova@gmail.com

CREEPING CONSENSUS ON THE EXTENSION OF ARBITRATION CLAUSES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION?

SLAVOMÍR HALLA

Faculty of Law, Department of International and European Law, Masaryk
University, CZ

Abstract in original language

Though the arbitration is an alternative to national courts and as such the will of the parties must be manifested to transfer the jurisdiction over both the parties and the matter, it is possible to conduct the proceedings even with non-signatories to the arbitration clause or more precisely with “unmentioned” ones. Recently, arbitrators and national courts have utilized several approaches, e.g. tacit assent to the clause, piercing the veil, alter ego, group of company or implicit agency relationship. Does this mean that the general principle of parties will is partially overridden? This contribution tries to assess mentioned trends and determine whether a new principle of international commercial arbitration is arising?

Key words in original language

Unmentioned parties, international commercial arbitration, third parties’ rights, extension of the arbitration clause

Abstract

Though the arbitration is an alternative to national courts and as such the will of the parties must be manifested to transfer the jurisdiction over both the parties and the matter, it is possible to conduct the proceedings even with non-signatories to the arbitration clause or more precisely with “unmentioned” ones. Recently, arbitrators and national courts have utilized several approaches, e.g. tacit assent to the clause, piercing the veil, alter ego, group of company or implicit agency relationship. Does this mean that the general principle of parties will is partially overridden? This contribution tries to assess mentioned trends and determine whether a new principle of international commercial arbitration is arising?

Key words

Unmentioned parties, international commercial arbitration, third parties’ rights, extension of the arbitration clause

Creeping consensus on the extension of arbitration clauses in international commercial arbitration?

International commercial arbitration is a well-established method of dispute resolution within merchants' community. It provides for a more flexible solution of often complex disputes that arise from and affect multiple jurisdictions. From historical perspective, arbitration developed as a tool for merchants to resolve disputes on their own. Commercial arbitration therefore immanently tries to perceive the dispute set in its commercial background and resolve it in a way that would be the most efficient.

Extension versus "consent" as cornerstone of arbitration

Nevertheless, it may so happen that the most efficient solution brings the arbitrators towards places "where no man has gone before", to the limits of arbitration procedures. One of such limits is certainly the consent of parties to arbitrate. As it was put properly in one of the fundamental books on international commercial arbitration:

*"The foundation stone of modern international arbitration is (and remains) an agreement by the parties to submit to arbitration any disputes or differences between them. Before there can be a valid arbitration, there must first be a valid agreement to arbitrate."*¹

The consent is crucial, as arbitration is an alternative to the basic recourse to national court system. Though the sovereign states allow (and welcome) such a private resolution of disputes, it must be clearly demonstrated by the parties that they waive protected right for a standard court hearing.² If there is no will of the party to arbitrate, then logically, there could be no arbitration.

However, in previous decades the position of will (consent) has somehow changed with the emergence of several doctrines which allow to bind even the non-signatory party to the arbitration agreement. Speaking factually, there are many patterns that may enable (or require?) such extension.³ It

¹ REDFERN, A. HUNTER, M. ET AL. *Redfern and Hunter on International Arbitration* [online]. 5th ed. Oxford : Oxford University press, 2009. Marg. No.: 1.38.

² Such "right to be heard in front of the tribunal established in law" may be arising either out of national constitutions, or out of international agreements; see e.g. Article 6 of the European Convention on Human Rights.

³ See e.g. HANOTIAU, B. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. 1st ed. Hague : Kluwer Law International, 2005. Marg. No.: 114.

may be an extension from a subsidiary to a parent company, or its CEO, or to a sovereign state that established a company and is essentially benefitting from its actions. Another example, disputes often arise where there are multiple but interdependent contracts, or where multiple parties are involved in a commercial transaction but only some of them are party to the agreement containing the arbitration clause. Many times claimants try to employ extending techniques in order to get to “deep pockets” of an affiliated subject.

However, before moving on, we should solve two linguistic issues, which do have greater impact that may not be seemingly evident.

Linguistic issues with possibly dire consequences

Although general label for described situation is “extension” or “joinder”,⁴ such denomination does not seem completely appropriate. As Park noted,⁵ both of these terms suggest that the respective subjects are forced into the arbitration. However, we should consider two additional arguments.

Firstly, it is not uncommon when the subjects themselves try to invoke the extension, so that they could join the arbitration proceedings. Therefore, logically, they manifest their consent with the arbitration. More importantly, if we concur that the consent to arbitrate remains the cornerstone of arbitration, there could not be any extension that would go beyond such principle. Arbitration tribunal is simply exercising its kompetenz-kompetenz powers and tries to ascertain who the real parties to the arbitration agreement are. Even if such examination may seem to extend the scope of subjects (formal point of view), in fact, there are no new subjects to the proceedings. On the other hand, Stucki conceded that such expression might be useful if subject is really drawn into the proceedings without manifesting its consent.⁶ He also reminds us that “extension” used in the context of non-signatories does not include a transfer of agreements.⁷

⁴ Whereas the former is used more in European literature, the latter mainly in US.

⁵ PARK, W. Non-signatories and international contracts: An Arbitrators dilemma. In PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Multiple Party actions in international arbitration*. 1st ed. New York : Oxford University Press, 2009. Marg. No.: 1.03.

⁶ With that regard, we may be talking about scenarios of fraud, deception or duress, which may justify the extension even when there is no consent, or no implication of its existence.

⁷ STUCKI, B. *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories*. Marg. No.: 5,6. Available at <http://www.docstoc.com/docs/47479901/Main-Contract-Arbitration-Agreement> [accessed in December 2010].

Second linguistic point aims to the denomination “non-signatories”. Once again, such determination may imply the involuntary addition of the party to the proceedings. However, as was already explained, consent to the arbitration is a vital element. Therefore, it was suggested that we should speak about “less-than-obvious” or “unmentioned”⁸ parties to the arbitration agreement. These are the parties that manifested their consent to arbitrate, but they might have done that in other than a written form. Although it may look as unimportant linguistic issue, it has broader legal consequences. Because as Pavic correctly points out, “*first line of defense of non-signatories would be formal: they have not signed the agreement, hence there is no written form evidencing their consent.*”⁹

Is the form an obstacle for extension?

Traditionally, tribunals and courts required arbitration agreement to be in writing in order to be valid. Such position is rational concerning previously mentioned waiver of fundamental right. “Agreement in writing” was accepted as a general standard in 1958 when the Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards¹⁰ was adopted, and later on validated in 1985 when UNCITRAL Model law on international commercial arbitration¹¹ was issued. Even though these instruments did not provide the lack of written agreement amounts to ground for setting aside or refusing to recognize the award, the wording of respective articles led to such conclusion.¹²

However, traditional view was partially abandoned in 2006 when new version of UNCITRAL Model law was released. It provided two options concerning the form requirement. First, more traditional still stated the

⁸ PARK, *supra* note 5, marg. No.: 1.07.

⁹ PAVIC, V. “Non signatories” and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction. In HAY, P. VEKAS, L., ELKANA, N. et al. *Resolving international conflicts - Liber amicorum Tibor Varady*. 1st ed. Budapest : CEU Press. 2009. p. 216. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1421201> [accessed in December 2010].

¹⁰ Hereinafter “New York Convention”.

¹¹ Hereinafter “UNCITRAL Model Law”.

¹² Under Art. 34 (2) (a) (i) and Art. 36 (1) (a) (i) of UNCITRAL Model law award may be set aside or refused to be recognized and enforced if “*agreement is not valid under the law have subjected it, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made*”. Therefore, it was upon the *lex arbitri* whether it required written form for arbitration agreement, and how such law treated the failure to meet such requirement; same may be said with regards to Art. V (1) (a) of New York Convention. Moreover, both instruments would prohibit parties to have the award recognized by the way of simple requirement contained in Art. 35 (2) / Art. IV (1) (b) which requested party firstly to provide original agreement in writing.

necessity of a written agreement. It followed the New York Convention in requiring the written form of the arbitration agreement but:

“[R]ecognizes a record of the “contents” of the agreement “in any form” as equivalent to traditional “writing”. The agreement to arbitrate may be entered into in any form (e.g. including orally) as long as the content of the agreement is recorded. This new rule is significant in that it no longer requires signatures of the parties or an exchange of messages between the parties.”¹³

Therefore, state that adopts even this traditional version of the form requirement still opens the door for consenting by other means than by a written agreement. What is more, UNCITRAL Model law provides for a second solution. Article 7 - Option II states simply that arbitration agreement is agreement by the parties to submit their disputes to arbitration. No requirement as to the form of such agreement. Therefore, *lex arbitri* based on this option of Article 7 does not require either written agreement or written evidence thereof.

With these developments in mind, we should turn our attention back to the linguistic issue of “non-signatory parties”. As we could see, such description may be used in the context of the classical needs of the written form. In such scenarios, third party technically never signed the agreement, and may be rightfully labeled as a non-signatory. Question remains, however, if this is a barrier against “extension”? It seems that the answer is negative. Even in jurisdictions that have strict formal requirements, e.g. Switzerland, case law provides that it is sufficient when the initial agreement satisfies formal requirements.¹⁴ Therefore, subsequent “extension” is not so much reviewed from the formal, but material perspective. In states which adopted Option II,¹⁵ the arbitrators may of course move straight forward and deal with the real issues of “extension”.

¹³ UNCITRAL Secretariat. *Commentary on UNCITRAL Model law on international commercial arbitration*.

Available at http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf [Accessed on 30.4.2011]. p. 28.

¹⁴ MRAZ, M. Extension of an arbitration agreement to non-signatories: Some reflections on Swiss judicial practice. In *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. 57, no. 3. p. 56; MÜLLER, T. Extension of arbitration agreements to third parties under Swiss law. Available at http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/PLCAR_2009-10_03.pdf [Accessed 30.3.2011]

¹⁵ New French code on arbitration does not contain a form requirement, if international arbitration is considered.

Methods of extension with a special focus on the “group of companies” doctrine

Born in 2009¹⁶ identified 16 methods how an arbitration agreement may be extended over third party “non-signatory”. Described methods came from all jurisdictions, both from the common law as well as civil law world, arising out of consensual and even non-consensual basis.

Bamforth¹⁷ provides for five distinct doctrines used in the US, namely equitable estoppel, incorporation by reference, assumption, agency and veil piercing doctrine. Among others used, we may mention doctrine of third party beneficiaries, guarantors, extension over corporate officers and shareholder, and extension in a joint venture setting.

Most distinctive in France is a doctrine referred to as “group of companies”. This doctrine enables to extend the arbitration agreement over the members within the company group, which have distinct relationship to the main contract, under special circumstances. On the other hand, other jurisdictions, which stand on strict party autonomy, expressly rejected the applicability of this doctrine, though they use similar approaches for extension.

Next lines will try to provide a brief overview of “group of companies” doctrine.

As the name of this doctrine suggest, it provides for the extension of the arbitration agreements over members of company group. Especially in last few decades with booming groups, which spread their activities throughout the globe, this doctrine was commonly invoked. As Born points out, it is similar to the veil-piercing, alter ego or third beneficiary doctrines, however, its distinctive mark is that it was created specifically in the arbitration context, and it is not ordinarily invoked outside arbitration.¹⁸ The doctrine originates from so-called “Dow Chemical award” issued in Paris in 1982 as an interim award in the ICC case No. 4131.¹⁹ In that case, dispute arose between Dow Chemical group and Isover Saint Gobain.

¹⁶ BORN, G. *International commercial arbitration*. Austin : Wolters Kluwer, 2009. p. 1142.

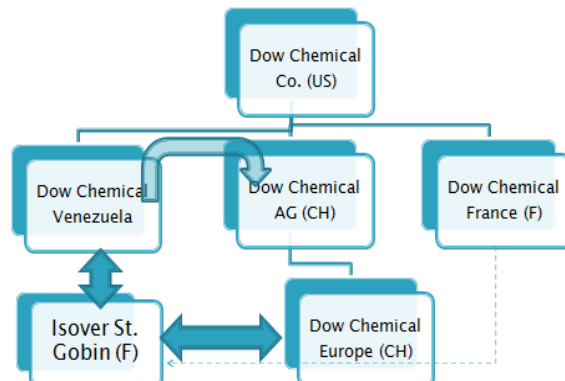
¹⁷ BAMFORTH, R., TYMCZYSZYN, I. *Joining non-signatories to an arbitration: recent developments*. Available at http://www.olswang.com/pdfs/arbitration_jun07.pdf [accessed on 30.3.2011]

¹⁸ BORN, *supra* note 16, p. 1166.

¹⁹ However, as Derains notes, there were previous ICC awards in 1970s paving the way for the Dow Chemical award; in particular, awards 2375 and 1434, both issued in 1975. Both these awards suggested that “*multinational corporation may be treated as one economic reality, which of internal reasons or of opportunity may provide the performance of the duties by its different subsidiaries, sometimes created on a purely ad hoc basis.*”

Dow Chemical Venezuela and Dow Chemical Europe, both directly or indirectly owned and controlled by parent company Dow Chemical Co., entered into distribution agreements with a number of companies the rights of which were subsequently assumed by Isover-Saint-Gobain. At the same time, distribution contract with Dow Chemical Venezuela was assigned to another Dow subsidiary, Dow Chemical AG. Moreover, during the course of cooperation, Dow Chemical France was providing performance based on mentioned distribution agreements and other action necessary to make use of business trademarks utilized.

Dow Chemical Family



Each agreement contained an arbitration clause. When a dispute arose, arbitration proceedings were commenced against Isover-Saint-Gobain by not only the two Dow Chemical companies, which had signed the agreements, but also by their parent company, and Dow Chemical France, neither of which had signed the agreements.

Swift jurisdictional objection of the Isover seemed logical – neither subsidiary, nor the parent company may be claimants in this arbitration, as they never signed the arbitration clause contained in the distribution contracts.

However, arbitration panel²⁰ rejected such objection in its interim award, and held that even if single members may have a distinct juridical identity, tribunal must take into account the fact they fall within a single economic reality. In its reasoning²¹ tribunal created a threefold test, which established group of companies' doctrine.

DERAINS, Y. Is there a Group of Companies Doctrine? In ICC: *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration*. Paris : ICC, 2010. p. 131.

²⁰ Arbitration panel consisted of Professors Pieter Sanders, Berthold Goldman and Michel Vasseur. See DERAINS, *supra* note 19, p. 132.

²¹ "Considering that the tribunal shall, accordingly, determine the scope and effects of the arbitration clauses in question, and thereby reach its decision regarding jurisdiction, by reference to the common intent of the parties to these proceedings, such as it appears from the circumstances that surround the conclusion and characterize the performance and later the termination of the contracts in which they appear. In doing so, the tribunal, following, in particular, French case law relating to international arbitration should also take into account usages conforming to the needs of international trade, in particular, in

Firstly, respective third parties need to be part of the group, i.e. create a single economic reality or power. Secondly, such extension is required based on the needs of international trade, especially taking into the account usages of international trade.²² The third and most significant one is that the common intent of the parties is to be found in the surrounding circumstances that characterize the conclusion, performance or termination of the contract.

As we can see by establishing mentioned elements, arbitrators did not abandoned consent as the cornerstone of arbitration. Indeed, this test should provide for guidance how an arbitrator may imply the consent of the party to comply with arbitration proceedings. However, the third element was subject to critique where it was argued that a mere intention is not enough to bind the party, only the consent can and it itself must exist and be proved.

However, later decision of Paris Court of Appeal,²³ in annulment proceedings, confirmed the award, but did not analyze specifically the “group of companies” doctrine. Still court noted, *“following an autonomous interpretation of the agreement and the documents exchanged at the time of their negotiation and termination, the arbitrators have, for pertinent and non-contradicted reasons, decided, in accordance with the intention common to all companies involved.”*²⁴ Therefore, the interpretation of the last element should be done concerning not only the joining party, but also concerning all parties to the dispute.

The doctrine therefore stands on both objective and subjective criteria. Firstly, arbitrators must consider whether single economic reality exists. The extension should be possible only within such reality. The origin of the element arises from the international trade usages,²⁵ although such

the presence of a group of companies [...]. Considering, in particular, that the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise.”
See DERAINS, *supra* note 19, p. 132.

²² In Dow case, arbitrators pointed out the negotiating record showed that „neither the “Sellers” nor the “Distributors” attached the slightest importance to the choice of the company within the Dow Group that would sign the contracts.” See REDFERN, A., HUNTER, M., *supra* note 1, foot note 69.

²³ Cour d'Appel, Paris, 22 October, 1983, Société Isover-Saint-Gobain v Société Dow Chemical France.

²⁴ DERAINS, *supra* note 19, p. 132.

²⁵ See quotation under 31 - where arbitrators noted that in the globalized business world, it is a common practice of companies to act through its subsidiaries belonging to the group, factually disregarding their at least formal autonomy.

implication is often subject to critique.²⁶ Second element is the consent of the party, though implied through its essential behavior or position in connection to the transaction in dispute. Only when both criteria are present, tribunal may explore the possibility of extension.

However, several consequent decisions by French courts further developed the doctrine beyond its origins, and suppressed the significance of the group identity, and boosting the “consent implications” even further.²⁷

Courts held the extension beyond the scope of a group is possible, even required “*to all parties directly involved in the performance of the contract in the dispute ... once it has been established that their situation and their activities enable to presume that they were aware of the existence and the scope of the arbitration clause.*”²⁸ Here of course the original formula is completely disregarded. There is no place for the existence of the single economic reality with its corporate meaning. Court rather used it in a way of economic reality of the transaction.

However, what seems to be even more improper is the mere awareness of the arbitration agreement should imply the consent with such agreement. As Besson and Poudret noted, such formula works with not one, but two subordinate presumption. First is the presumption of the awareness, which leads to (automatic?) presumption of acceptance.

This presumption was taken to its absurd end in Cotunav case.²⁹ An independent carrier was forced into the arbitration concerning dispute over the contract of two public agencies, which the carrier had no part in, purely by the reason the carrier “*intervened in the performance of the contract, [it] necessarily assumed the obligations defined in the contract with regards to the carrier and accepted the modalities, including the arbitration.*”³⁰ Fortunately, that decision was overruled by a superior court.

²⁶ BESSON, S., POUDRET, J.-F. *Comparative law of international arbitration*. 2nd ed. London : Sweet & Maxwell, 2007. p. 218.

²⁷ *Ibid.*, p. 219, citing cases *Konsas Marma v Durand Auzias*, and *Ofer Brothers v Tokyo Marine*.

²⁸ *Ibid.*, p. 219, foot note 485.

²⁹ GRAVEL, S., PETERSON, P. French law and arbitration clauses – distinguishing scope from validity: Comment on ICC Case No. 6519 Final Award. *McGill Law Journal*. 1991/1992. vol. 37, p. 526.

³⁰ *Ibid.*

Is there any consensus at all?

Even though, group of companies was quite successful in France, it was expressly rejected in United Kingdom, Switzerland and Germany.³¹ Although US courts considered the application of the doctrine, it seemed they still prefer other methods leading to same results.

Even in France, it seems the popularity of the doctrine declined and nowadays the existence of the group is only one of the factors, which should contribute to consideration to assess the intent of the parties (returning to the basis of the doctrine).

Even though Derains concludes, this factor/doctrine may be cutting both ways, it may still:

“[P]lay a more significant role when the intent of the parties is a decisive factor in a decision concerning a joinder or the consolidation of procedures, as the economic reality must prevail and members of the same group should not be allowed to abuse their discreet legal personalities in such cases.”³²

With more than 10 other doctrines existing - with elements, which are almost the same, there is no way escaping the fact, that the extension is possible, however, there is no consensus on how it should be done.

Maybe, we should not look for the best solution, as each doctrine may be suitable for a different factual setting. What is in front of us is a basic question – what circumstances justify that the need of having effective award prevails over the cornerstone of international commercial arbitration – which is based, without doubt, on mutual consent of the parties.

Literature:

- BAMFORTH, R., TYMCZYSZYN, I. Joining non-signatories to an arbitration: recent developments. Available at http://www.olswang.com/pdfs/arbitration_jun07.pdf
- BESSON, S., POUDRET, J.-F. Comparative law of international arbitration. 2nd ed. London : Sweet & Maxwell, 2007.

³¹ DERAINS, *supra* note 19, 142.

³² *Ibid.*

- BORN, G. International commercial arbitration. 1st edition Austin : Wolters Kluwer, 2009.
- DERAINS, Y. Is there a Group of Companies Doctrine? In ICC: Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration. Paris : ICC, 2010.
- GRAVEL, S., PETERSON, P. French law and arbitration clauses – distinguishing scope from validity: Comment on ICC Case No. 6519 Final Award. McGill Law Journal. 1991/1992. vol. 37.
- HANOTIAU, B. Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions. 1st ed. Hague : Kluwer Law International. 2005.
- MRAZ, M. Extension of an arbitration agreement to non-signatories: Some reflections on Swiss judicial practice. In *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. 57, no. 3.
- MÜLLER, T. Extension of arbitration agreements to third parties under Swiss law. Available at http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/PLCAR_2009-10_03.pdf
- PARK, W. Non-signatories and international contracts: An Arbitrators dilemma. In PERMANENT COURT OF ARBITRATION. Multiple Party actions in international arbitration. 1st ed. New York : Oxford University Press, 2009.
- PAVIC, V. “Non signatories” and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction. In HAY, P. VEKAS, L., ELKANA, N. et al. *Resolving international conflicts - Liber amicorum Tibor Varady*. 1st ed. Budapest : CEU Press. 2009. p. 216. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1421201>.
- REDFERN, A. HUNTER, M. ET AL. Redfern and Hunter on International Arbitration [online]. 5th ed. Oxford : Oxford University press, 2009.

- STUCKI, B. Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories. Available at <http://www.docstoc.com/docs/47479901/Main-Contract-Arbitration-Agreement>.
- UNCITRAL Secretariat. Commentary on UNCITRAL Model law on international commercial arbitration. Available at http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

Contact – email
halla@mail.muni.cz

STRIKTNÍ POŽADAVEK TRANSPOZICE SMĚRNIC EU

LIBOR HAVELKA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Smlouva o fungování EU stanoví, že směrnice je závazná pro každý stát, kterému je určena, pokud jde o výsledek, jehož má být dosaženo, přičemž volba formy a prostředků se ponechává vnitrostátním orgánům. Podle judikatury Soudního dvora jsou však členské státy povinny transponovat směrnice striktně, bez ohledu na obsah. To ale může v určitých případech vést až k téměř absurdním důsledkům. Účelem tohoto příspěvku je ilustrovat výše uvedené na některých řízeních pro porušení práva EU proti České republice a poukázat na problémy, které se s požadavkem striktní transpozice směrnic pojí.

Key words in original language

transpozice směrnic EU, Soudní dvůr EU, řízení pro porušení práva EU

Abstract

According to the Treaty on the Functioning of the EU, directives shall be binding as to the result to be achieved upon each member state to which it is addressed, but shall leave to the national to the national authorities the choice of form and methods. However, in accordance with the settled case law of the Court of Justice, member states are obliged to strictly transpose directives regardless of the content of the directives. This can lead to the absurd and puzzling results. The purpose of this paper is to illustrate this on Commission's infringement proceedings against the Czech Republic and to point out the problems related to the strict requirement of transposition of EU directives.

Key words

transposition of EU directives, the Court of Justice, infringement proceedings

1. Úvod

Článek 288 SFEU stanovuje, že směrnice je závazná pro každý stát, kterému je určena, pokud jde o výsledek, jehož má být dosaženo. Ve spojení se zásadou loajality, zakotvenou v čl. 4 SEU, pak uvedené znamená povinnost včasného provedení směrnic ve vnitrostátních právních řádech členských států. Tato povinnost ve většině případů bývá stanovena i v samotné směrnici. Není-li směrnice provedena včas nebo je provedena chybně,

členský stát může být žalován Komisí u Soudního dvora a v konečné fázi mu může být udělena vysoká pokuta.

Proti České republice bylo ke konci března 2011 vedeno 64 řízení pro porušení unijního práva, z toho 44 v důsledku neprovedení nebo chybného provedení směrnic. Česká republika v tomto ohledu patří mezi "nejhorší" státy v EU.

Nežli však začneme kritizovat výkonnost české státní správy, není bez zajímavosti pozastavit se nad některými řízeními, které s Českou republikou byly a jsou vedeny z důvodu porušení práva EU. V této souvislosti bych se ve svém příspěvku zaměřil zejména na jeden z problematických aspektů transpozice, resp. implementace směrnic, a sice na striktní požadavek transpozice. Soudní dvůr ve své judikatuře totiž stanovil povinnost striktní transpozice směrnic EU - to znamená, že ani neexistence činností neslučitelných se směrnicí či neexistence situací, jichž se směrnice týká, nezbavuje stát povinnosti provedení směrnice. To samé lze uvést obecně i ve vztahu k neslučitelné vnitrostátní a unijní právní úpravě.

Nejprve se pokusím stručně shrnout argumenty Soudního dvora, na základě nichž požaduje harmonizaci vnitrostátního práva s právem unijním, v užším slova smyslu striktní transpozici směrnic. Následně budu pak uvedené ilustrovat na některých řízeních vedených s Českou republikou pro porušení unijního práva. První případ se týká již ukončeného řízení, kdy Komise poněkud kuriózním způsobem žalovala Českou republiku kvůli ustanovení zákona o námořní platbě, podle nějž velitelem lodi plující pod českou vlajkou musel být občanem České republiky. Druhý případ, týkající se neúplného provedení směrnice o institucích zaměstnaneckého penzijního pojištění, je nanejvýš aktuální, protože v současnosti leží u Soudního dvora žaloba Komise, navrhuje Českému státu pokutu v přepočtu řádově víc než půl milionu Kč denně. Závěrem krátce nastíním, jaké problematické aspekty se s požadavkem striktní harmonizace právních úprav a transpozice směrnic pojí.

2. Požadavek striktní transpozice směrnic pohledem Soudního dvora

Za účelem charakteristiky postoje Soudního dvora k povinnosti transpozice směrnic je vhodné pozastavit se u několika rozhodnutí, ve kterých svou pozici zformoval. Jedná se např. o případy C-339/87 Komise v. Nizozemí, C-214/98 Komise v. Řecko, C-372/00 Komise v. Irsko, C-441/00 Komise v. Spojené království a C-71/05 Komise v. Lucembursko.

Případ Komise v. Nizozemí se týkal Komisí tvrzené chybné transpozice směrnice Rady 79/409/EHS o ochraně volně žijících ptáků. Jádrem sporu se staly některé prostředky lovu ptactva, které směrnice zakazovala. Problematický byl především zákaz lovu a odchytu ptactva prostřednictvím

letadel, a také ustanovení nizozemského loveckého zákona, podle kterého bylo možné udělit výjimku pro konání zkoušek a tréninku loveckých psů, přestože směrnice požadovala po členských státech přijetí opatření nezbytných pro zákaz vyrušování, odchyt a lov uvedených druhů ptáků. Argumenty nizozemské vlády, že letecké prostředky pro odchyt ptáků nejsou v Nizozemí vůbec používány a povolení k tréninku loveckých psů zahrnuje skutečně pouze trénink a nikoliv lov ptactva, Soudní dvůr odmítl. Podle Soudního dvora neexistence určitých činností v členském státě neslučitelných se směrnicí nebo směrnicí zakázaných nemůže tento stát zprostit povinnosti zajistit provedení směrnice.¹

Dalším případem je Komise v. Řecko, kde se problémem stal fakt, že Řecko do svých prováděcích předpisů nezakotvilo směrnici požadovaný poplatek za kontrolu masa poražených lichokopytníků.² Důvodem, který řecká vláda namítala, nebylo nic jiného než fakt, že v Řecku porážka lichokopytníků není vůbec možná a žádná jatka v Řecku nejsou k porážce lichokopytníku autorizována. Soudní dvůr opětovně zopakoval, že skutečnost, že ve směrnici zmíněná činnost není v členském státě provozována, nezavazuje členský stát povinnosti řádné a úplné transpozice směrnice.³ Tato povinnost musí být absolutní i z toho důvodu, aby členské státy byly připraveny na možnou budoucí změnu situace, ke které by v členském státu mohlo dojít a aby všechny subjekty práva v členských státech, ve kterých činnost upravená směrnicí neexistuje, znaly za všech okolností svá práva a povinnosti.⁴

V případě Komise v. Irsko bylo Soudním dvorem rozhodnuto, že Irsko je povinno provést směrnici o interoperabilitě transevropského vysokorychlostního železničního systému, přestože v Irsku síť vysokorychlostních vlaků není vůbec provozována, ani se o jejím zavedení neuvažuje.⁵ Zdůvodnění bylo obdobné jako v předcházejících případech.

3. Kapitán lodi a porušení unijního práva

Ačkoli se na první pohled mohou zdát výše nastíněné požadavky a závěry Soudního dvora a Komise absurdní, při bližším zkoumání lze dojít k závěru, že některé argumenty Soudního dvora mají logický základ. Jako opravdu

¹ Rozhodnutí SD ze dne 15. 3. 1990, C-339/87 Komise v. Nizozemí, body 22, 25 a 32.

² Povinnost vyplývala ze směrnice Rady 93/118/ES doplňující směrnici 85/73/EHS o financování veterinárních inspekcí a kontrole čerstvého masa.

³ Rozhodnutí SD ze dne 16. 11. 2000, C-214/98 Komise v. Řecko, bod 22.

⁴ Tamtéž, bod 27.

⁵ Rozhodnutí SD ze dne 13. 12. 2001, C-372/00 Komise v. Irsko.

pikantní ale působí žaloba Komise na Českou republiku pro porušování unijního práva z listopadu 2007.

Zákon č. 61/2000 Sb. o námořní plavbě ve svém § 28 odst. 4 totiž stanovoval, že provozovatel lodí plujících pod českou vlajkou je povinen zajistit, aby velitelem lodě, resp. kapitánem, byl občan České republiky. Požadavkem české státní příslušnosti pro výkon pozice kapitána námořních lodí plujících pod českou vlajkou dle Komise Česká republika nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z článku 45 SFEU (bývalého článku 39 Smlouvy o ES) a porušuje tak diskriminačním způsobem svobodu pohybu pracovníků.⁶ Komisí citovaný článek 45 SFEU požaduje zajištění volného pohybu pracovníků včetně odstranění jakékoli diskriminace mezi pracovníky členských států na základě státní příslušnosti. Obsahuje však ve svém čtvrtém odstavci výjimku, podle které se tento článek nepoužije pro zaměstnání ve veřejné správě. Komise ale uvedla, že ani skutečnost, že české právo svěřuje veliteli lodí plujících pod českou vlajkou oprávnění spadající do oblasti výkonu veřejné moci, nepostačuje k odůvodnění výjimky z volného pohybu pracovníků. Odkázala v této souvislosti na judikaturu Soudního dvora, podle které výkon veřejné moci pracovníka musí být pravidelný a nesmí tvořit menšinu jeho aktivit a pravomocí, má-li být výjimka dle článku 45 SFEU uplatněna.⁷ Žaloba byla Komisí podána i přesto, že Česká republika uvedla, že žádnou námořní flotilu nedisponuje a pod českou vlajkou neplují žádné lodě.

Podíváme-li se dnes do § 28 odst. 4 zákona o námořní plavbě, zjistíme, že Česká republika se vyhnula pravděpodobnému odsuzujícímu rozsudku Soudního dvora a pro výkon pozice kapitána námořních lodí plujících pod českou vlajkou nyní dle českého práva stačí být občanem EU. Je to možná škoda, protože jak podotkl vládní zmocněnec pro zastupování České republiky před Soudním dvorem Martin Smolek, Komise v rámci řízení pro porušení unijního práva podle článku 258 SFEU a násl. nese důkazní břemeno; bylo by proto zajímavé sledovat, jak Komise prokáže, že neexistující kapitáni plujících na neexistujících lodích plujících pod českou vlajkou vykonávají veřejnou moc pravidelně a v nikoli nepatrném množství.

4. Zaměstnanecké penzijní pojištění a sociální politika EU v praxi

Předchozí případ týkající se kapitána lodi byl možná spíše úsměvný; u Soudního dvora je však v současnosti na Českou republiku podána již druhá žaloba ve věci neúplné transpozice směrnice Evropského parlamentu a Rady

⁶ Žaloba Komise podaná dne 14. 7. 2007 ve věci C-496/07 Komise v. ČR.

⁷ Rozhodnutí SD ze dne 30. 9. 2003, C-405/01 Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española v. Administración del Estado.

č. 2003/41/ES o činnostech institucí zaměstnaneckého penzijního pojištění a dohledu nad nimi, přičemž Komise navrhuje pokutu 22 364 eur, tedy více než půl milionu Kč, za každý den od vynesení rozsudku až do řádné transpozice a navíc 5 644 eur za každý den od vynesení prvního rozsudku ve věci z ledna 2010 do nového rozhodnutí.

V lednu 2010 Soudní dvůr rozhodl, že Česká republika nesplnila své povinnosti, protože neuvedla své vnitrostátní právní předpisy do plného souladu s výše uvedenou směrnicí, resp. netransponovala některé její články. Směrnice o činnostech institucí zaměstnaneckého pojištění má představovat jeden z prvků jednotného vnitřního trhu EU v oblasti finančních služeb a má umožnit přístup k zaměstnaneckému pojištění napříč členskými státy. Potíž tkví v tom, že český systém důchodového zabezpečení tento tzv. druhý pilíř důchodového systému - zaměstnanecké pojištění - vůbec neobsahuje.

Česká republika namítala, že její systém důchodového zabezpečení je založen pouze na režimu povinného zákonného pojištění upraveného zákonem o důchodovém pojištění, který spadá do tzv. prvního pilíře, a na penzijním připojištění, která spadá do pilíře třetího. Dle české právní úpravy není možné na českém území založit instituci zaměstnaneckého penzijního pojištění za účelem provozování příslušné činnosti, protože by tím byly porušeny předpisy regulující podnikání na finančním trhu. Uvedená činnost by tak mohla být předmětem správního trestání nebo trestního stíhání.⁸ Podle názoru České republiky by provedení ustanovení směrnice, které jsou předmětem žaloby, znamenalo nucené zavedení systému zaměstnaneckého penzijního pojištění a také zasažení do vnitrostátního systému sociálního zabezpečení. S ohledem na čl. 153 odst. 4 SFEU přitom platí, že členským státům je ponechána pravomoc vymezit základní zásady svého systému sociálního zabezpečení.

Soudní dvůr však dle očekávání uvedl, že vzhledem k tomu, že neexistuje zeměpisný důvod, kvůli kterému by provedení dotčených ustanovení bylo nesmyslné, je důležité, aby v případě, kdy by se Česká republika případně rozhodla doplnit svůj vnitrostátní důchodový systém o zaměstnanecké penzijní pojištění, znaly všechny subjekty práva v tomto členském státě, obdobně jako ostatní subjekty práva v Unii, svá práva a povinnosti. Takový vývoj vnitrostátního důchodového systému nelze dle názoru Soudního dvora v žádném případě považovat za vyloučený nebo čistě hypotetický, jak uvádí Česká republika, z důvodu, že by vyžadoval změnu právního rámce, a nikoliv pouze odstranění faktické překážky. Každá právní úprava totiž může být předmětem změn.⁹

⁸ Stanovisko generálního advokáta Yvese Bota ze dne 6. 10. 2009 ve věci C-343/08 Komise v. ČR, bod 38.

⁹ Rozhodnutí SD ze dne 14. 10. 2010, C-343/08 Komise v. ČR, bod 50 a 51.

V případě Řecka, po němž Komise žádala zavedení právní úpravy poplatku za kontrolu masa neexistujících poražených lichokopytníků nebo v případě Irska, po němž byla vyžadována právní úprava neexistující sítě vysokorychlostních vlaků, hrozilo uvedeným státům maximálně další drobné znepráhlednění již zřejmě tak nepřehledných právních řádů. To samé lze uvést i o bizarním požadavku ohledně právní úpravy občanství kapitánů na lodích plujících pod českou vlajkou. Příklad týkající se institucí zaměstnaneckého pojištění se ale od ostatních odlišuje. Nejde zde jen o kuriozitu, která vzbuzuje otázky, co je vlastně cílem Komise a zdali v Bruselu a Lucemburku nejsou vyhraná řízení vnímána jako body, jimiž je měřena úspěšnost unijních institucí. Členské státy jsou dle primárního práva EU oprávněny samy si určovat základní zásady svého systému sociálního zabezpečení. Požadavkem, který by mohl narušit základní koncepci českého důchodového systému, který navíc stojí před vnitrostátní reformou, by se mohla Unie pohybovat na hraně, ne-li za hranou, svých pravomocí. Toho si je Soudní dvůr zřejmě vědom, a proto v bodě 58 rozsudku např. uvádí, že provedení směrnice sice vyžaduje, aby členské státy upravily ve svých vnitrostátních úpravách zápis institucí zaměstnaneckého penzijního pojištění usazených na jejich území do rejstříku nebo jejich povolení, neukládá však státům žádnou povinnost povolit takovým institucím usadit se na jejich území. Jinými slovy: Česká republika je povinna přijmout právní předpisy nezbytné k provedení směrnice a uvést je v účinnost, ale povolit institucím zaměstnaneckého pojištění usadit se na svém území dle Soudního dvora paradoxně nemusí.

5. Závěr

Soudní dvůr a Komise často uplatňují striktní výklad práva EU a požadují striktní provedení směrnic v národních právních řádech. Jak již bylo naznačeno výše, v některých případech není "škoda" větší než jeden obsoletní předpis v národních právních řádech navíc. Nabízí se ale otázka, zda-li by nebylo vhodnější věnovat energii a úsilí řešení skutečných problémů, které jistě Unie a její občané mají, namísto podávání diskutabilních žalob. Pak tu jsou ovšem případy typu instituce zaměstnaneckého pojištění, které znovuoživují problém finální autority v EU. Ponechme stranou, zda námitky České republiky ve sporu s Komisí jsou skutečně oprávněné. Pokud však hypoteticky jsou, rozhodnutí Soudního dvora by mohlo teoreticky představovat zásah do vnitrostátních kompetencí členských států. Takto odsouzený stát se pod hrozbou velmi vysokých pokut pravděpodobně rozsudku podvolí, nemá však prostředky, jakými se proti rozhodnutí Soudního dvora bránit. Konečným arbitrem kompetenčních sporů je totiž Soudní dvůr. *Dura lex, sed lex.*

Sources:

- rozhodnutí SD ze dne 15. 3. 1990, C-339/87 Komise v. Nizozemí
- rozhodnutí SD ze dne 16. 11. 2000, C-214/98 Komise v. Řecko
- rozhodnutí SD ze dne 13. 12. 2001, C-372/00 Komise v. Irsko
- rozhodnutí SD ze dne 14. 10. 2010, C-343/08 Komise v. ČR
- stanovisko generálního advokáta Yvese Bota ze dne 6. 10. 2009 ve věci C-343/08 Komise v. ČR
- žaloba Komise podaná dne 14. 7. 2007 ve věci C-496/07 Komise v. ČR

Contact – email

210721@mail.muni.cz

FORUM NECESSITATIS IN THE ONGOING REVISION OF THE BRUSSELS I REGULATION

JAN HAVLÍČEK

Faculty of Law, Masaryk University, Department of International and
European Law, Czech Republic

Abstract in original language

Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, tedy revize nařízení Brusel I, přináší mnoho změn vycházejících z osmi let používání stávajícího nařízení. Významné novum je vytvoření dvou specifických příslušností upravených v návrhy v člancích 25 a 26. Nové podpůrné příslušnosti jsou v článku analyzovány a porovnány.

Key words in original language

Nařízení Brusel I, revize nařízení Brusel I, evropské právo, forum necessitatis

Abstract

Revision of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, also Brussel I Regulation, brings many changes based on eight years of application of existing regulation. A significant novelty is the creation of two specific jurisdictions covered in the proposal in Articles 25 and 26 New support jurisdiction, the paper analyzed and compared.

Key words

Brussel I Regulation, revision of Brussel I Regulation, European Law, forum necessitatis

Úvod

Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech¹ obsahuje mnohé změny oproti nařízení 44/2001², z nichž mnohé jsou uvedeny

¹ Viz např.: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com_2010_748_en.pdf

² 44/2001/EC

v důvodové zprávě k návrhu nařízení. Cílem tohoto článku je však věnovat se pouze jedné otázce obsažené v návrhu, a to forum necessitatis a nově (v porovnání s nařízením 44/2001) navrženým článkům 25 a 26.

Príspevek si klade za cíl analyzovat shora uvedené články a pokusit se je identifikovat se současnou realitou mezinárodního práva soukromého a mezinárodní obchodní realitou. V neposlední řadě bychom rádi v rámci tohoto příspěvku podali výklad naší představy o potenciální aplikaci těchto ustanovení vzhledem k jejich výkladu a zasazení do systematiky návrhu nového nařízení.

Osm let platnosti nařízení 44/2001 vedlo Komisi k přezkoumání tohoto široce aplikovatelného nařízení. Osm let lze považovat, vzhledem k hypetrofii unijní normotvorbě, za dobu úspěšného setrvání v platnosti. Renomované soukromoprávní mezinárodní organizace ve zhruba stejném horizontu často jednají o změnách norem jimi vydaných³. Existují však i velice významné výjimky co do nutnosti a počtu revizí. Máme na mysli kupříkladu Newyorskou úmluvu o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, kde není dána dostatečná vůle mezinárodního společenství k její změně. Zároveň existuje obava, že v případě zahájení jednání o změnách, již nemusí být nalezen tak široký kompromis. To však není problémem Evropské unie a její legislativy. Unie také využívá legislativní techniku „recast“, čímž dojde k nahrazení nařízení stávajícího nařízením novým⁴. Důvodová zpráva k ospravedlnění samotného návrhu nového nařízení⁵ uvádí:

„Přestože je považováno⁶, že nařízení celkově funguje úspěšně, konzultace zúčastněných stran a řada právních a empirických studií zadaných Komisí odhalily řadu nedostatků ve stávajícím fungování nařízení, které lze odstranit“⁷.

Návrh Komise v důvodové zprávě, v subkapitole „odůvodnění a cíle návrhu“ jmenuje čtyři „hlavní nedostatky“ stávajícího nařízení. Krom překážky volného pohybu rozhodnutí spočívající v řízení o prohlášení

³ Například INCOTERMS vydávané ICC, nebo ICC Arbitration Rules. Nemusí se však jednat o pravidlo, pouze srovnání.

⁴ Instrukce ve znění ze dne 2.5.2011, s. 1: „Technika *přepracování* spočívá v přijetí nového předpisu EU, který jednak novelizuje předchozí úpravu, jednak nahrazuje původní předpis touto úpravou obsahující a všechny jeho novely; cílem je zajištění větší přehlednosti právního řádu.“

⁵ Návrh Nařízení Evropského parlamentu a Rady o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, dále také jen „návrh nového nařízení“, „návrh nařízení“ apod.

⁶ Citace je přímá a pochází z českého znění návrhu.

⁷ Čl. 1.2. Odůvodnění a cíle návrhu

vykonatelnosti, zlepšení účinností dohod o volbě soudu, nedostatečného vymezení hranice mezi soudním řízením a řízením rozhodčím⁸, uvádí také:

„Celkově je v EU neuspokojivý přístup ke spravedlnosti ve sporech, v nichž je žalovaným osoba ze třetí země mimo EU“⁹.

Nemá-li žalovaný domicil v Evropské unii, je ve většině případů nutno aplikovat vnitrostátní normy mezinárodního práva procesního jednotlivých členských států. S ohledem na disproporce v právních úpravách, neboť některé umožňují podat žalobu vůči subjektu nedomicilovanému, ale disponujícího majetkem ve státě, kde je vedeno řízení, vzniká diskriminační problém. Není tím zajištěno rovné postavení obchodních společností z Evropské unie¹⁰. Pozadím těchto odůvodnění je bezpochyby ochrana zahraničních investic v případě expanze v EU domicilovaných obchodních společností a také privátních subjektů realizujících transakce se subjekty ze třetích zemí.

Česká republika nezůstává pouhým pasivním pozorovatelem rámci přípravné fáze nového nařízení a zapojuje se také do diskuse. Pracovní skupina – Výbor pro občanské právo Ministerstva spravedlnosti ČR pravidelně připravuje podklady pro jednání pracovní skupiny Rady EU. Jedním z materiálů jsou Instrukce pro jednání pracovní skupiny Rady EU¹¹. V tomto dokumentu¹² (časová znění se vyjadřují v této věci shodně) za stěžejní bod považují sice režim uznání a výkonu, resp. jeho změny v novém nařízení, přesto se velice realisticky věnuje také problematice navrhovaných článků 25 a 26. Obecně se jedná o problém rozšíření pravidel soudní příslušnosti (soudů některého členského státu EU) na žalované s bydlištěm ve třetích státech. Instrukce k této problematice uvádějí:

„K otázce rozšiřování působnosti nařízení ve vztahu k třetím zemím nastíněné v zelené knize byla ČR od počátku velmi zdrženlivá. Zdůrazňovala, že jakékoli rozšíření v tomto směru by mělo být uskutečněno až po důkladném uvážení možných důsledků a to s velkou opatrností.

⁸ Zde autor tohoto příspěvku nesouhlasí se stanoviskem Komise, neboť hranice mezi rozhodčím řízením a řízením před soudy obecnými v rámci EU byla vymezena zcela jednoznačně, až do rozhodnutí ESD ve věci *West Tankers* a je také dána vyloučením rozhodčího řízení z dopadu nařízení Brusel I.

⁹ Důvodová zpráva, Čl. 1.2. Odůvodnění a cíle návrhu, druhá odrážka

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ Kód dokumentu 18101/10 JUSTCIV 239 CODEC 1587, dále také jen „instrukce“.

¹² Autor příspěvku má k dispozici znění z 31.1.2011 Instrukce pro zasedání 2.2. – 3.2.2011 a znění ze dne 2.5.2011 Instrukce pro zasedání 5.5. – 6.5.2011.

Pokud jde o otázku soudní příslušnosti ve vztahu k žalovaným s bydlištěm ve třetích zemích, ČR nevnímala rozšíření nařízení jako potřebné. Pro případ, že by se našla pro takový krok většinová podpora, apelovala na střídmost v zavádění dodatečných (tj. nad rámec těch, která jsou již v nařízení obsažena), podpůrných kritérií pro navazování příslušnosti a pro zrušení důvodů podle vnitrostátního práva; jinak by to mohlo oprávněně vzbuzovat kritiku na mezinárodní scéně, že EU rozšiřuje svou jurisdikci dále než je vhodné. ČR měla za to, že by měl být doplněn pouze jeden dodatečný důvod zakládající příslušnost, a sice pravidlo *forum necessitatis* (viz výše).

S ohledem na to, že konzultace k zelené knize ukázaly, že rozšíření rozsahu působnosti jurisdikčních pravidel má mezi členskými státy většinovou podporu, měla by být ČR připravena o této otázce konstruktivně jednat v zájmu nalezení vyváženého řešení.

Návrh Komise lze považovat za poměrně umírněný a rozumný a lze jej považovat za základ pro další diskusi.¹³

Návrh tedy pracuje nově s dalšími dvěma „podpůrnými příslušnostmi“ a navrhuje zakotvit do nového znění nařízení čl. 25 a 26. Přestože název článku napovídá, že bude pojednáno pouze o institutu upraveném nově v čl. 26, neubrání se příspěvek rozboru také čl. 25. Cílem je předně srovnání obou nových článků, abychom byli schopni vnímat její odlišnou aplikaci.

Základní předpoklady aplikace

Podpůrná příslušnost a *forum necessitatis*, respektive články 25 a 26 byly systematicky zařazeny do oddílu osmého, čímž se ocitají na samém „konci“ možností určení příslušnosti dle nového nařízení. Jedná se tedy o jakousi „poslední možnost“ či „záchrannou brzdu“ v okamžiku, kdy nelze úspěšně aplikovat ani jeden z článků uvedených před článkem 25, respektive 26.

Obdobně to také lze dovozovat z výkladu první věty ustanovení čl. 25, který explicitně uvádí, že „Není-li žádný soud členského státu příslušným podle článků 2 až 24, jsou příslušné soudy členského státu...“. Článek 26 pak navíc přichází v úvahu pouze, není-li možné aplikovat jakýkoli předchozí článek, tedy ani článek 25, jak vyplývá z ustanovení první věty čl. 26:

¹³ 18101/10 JUSTCIV 239 CODEC 1587, Instrukce ve znění ze dne 2.5.2011, s. 9, sub. Pozice ČR

„Není-li žádný soud členského státu příslušný podle tohoto nařízení, mohou soudy tohoto členského státu věc ve výjimečném případě rozhodnout,..."“

Na tomto místě je nutno zdůraznit rozdíl mezi článkem 25 a 26, který spočívá, podle našeho názoru, v povinnosti soudu členského státu spor rozhodnout. Obligatorní jurisdikce¹⁴ soudu se týká čl. 25, kde je uvedeno, že soudy členského státu, na jehož území se nachází majetek náležející žalovanému a není-li dána příslušnost ve smyslu čl. 2 až 24 nařízení (a jsou-li splněny podmínky uvedené v písmenu a) a b) tohoto článku, jsou příslušné! Soud členského státu tedy v takovém případě nemá možnost uvážení a jeho příslušnost vyplývá přímo z právního předpisu. Lze také dovodit, že žalobce se takového práva bude moci dovolávat a případné odmítnutí ze strany soudu bude postaveno na roveň *denegatio iustitiae*. Jednání soudu by pak muselo být považováno za zcela nepřipustné a odporující jak vnitrostátním normám nejvyšší právní síly¹⁵, tak samozřejmě také mezinárodním pramenům¹⁶.

Článek 26, naproti tomu, obligatorní příslušnost národního soudu, podle našeho názoru, nezakládá. První věta tohoto článku stanoví, že není-li pravomocný žádný soud členského státu podle nařízení, pak soudy tohoto členského státu mohou, navíc ve výjimečném případě, rozhodnout při splnění dále uvedených podmínek.

Fakultativní jurisdikce ve smyslu čl. 26 bude tedy znamenat možnost (nikoli povinnost) soudu členského státu EU zvážit, bude-li ze strany soudu zájem sporem se zabývat. Dovedeme si představit soudy členských států, kde této možnosti bude hojně využíváno, což lze dovodit i z historických konsekvencí a postojů tamních soudů v horizontu minulých období. Na druhou stranu bilance u soudů v jiných členských státech může být tristní a nesrovnatelná. Volné uvážení soudu je pozitivem v případech, kdy jde o věc se značnou mírou abstrakce či zobecnění a soud by měl zvažovat okolnost daného konkrétního případu. Je-li však ze strany Komise deklarován jako jeden ze základních cílů přijaté změny úmysl zajistit občanům a podnikům „rovný přístup k soudu v Unii a aby pro podniky na vnitřním trhu existovaly

¹⁴ Zde si autor vypůjčil terminologii z mezinárodního práva veřejného v případě použití pojmu obligatorní jurisdikce. Je však nutno vysvětlit použití terminologie v pojetí tohoto příspěvku. Obligatorní jurisdikcí se pro potřeby tohoto příspěvku má za to, že soud nemá možnost svévolně odmítnout svojí příslušnost, jsou-li splněna kritéria daná čl. 25. Naproti tomu v případě, který nazýváme jurisdikcí fakultativní, i za splnění všech podmínek uvedených v čl. 26 soud může věc rozhodnout, což znamená, že *de facto* nemusí.

¹⁵ Srov. např.: čl. 36 Listiny základních práv a svobod (Ústavní zákon č. 2/1993 Sb. ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb.)

¹⁶ Srov. např. čl. 6 Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod

v tomto ohledu rovné podmínky¹⁷, jeví se nám článek 26 v tomto smyslu jako „neharmonizující“, a o to méně unifikující.

Analýza aplikace jednotlivých článků

Čl. 25 stanoví:

Není-li žádný soud členského státu příslušný podle článků 2 až 24, jsou příslušné soudy členského státu, na jehož území se nachází majetek náležející žalovanému za předpokladu, že

a) hodnota majetku není ve vztahu k hodnotě nároku nepřiměřená a

b) spor vykazuje dostatečnou vazbu na členský stát, u jehož soudu byl podán návrh.

Jak bylo shora uvedeno, článek 25 zakládá tzv. obligatorní jurisdikci soudu členského státu. Soud nemá možnost volného uvážení a v případě, že bude prokázáno splnění níže specifikovaných čtyř podmínek¹⁸, a to kumulativně, je povinen přijmout (akceptovat) svojí příslušnost a spor rozhodovat.

Důkazní břemeno týkající se prokázání oněch čtyřech podmínek zřejmě ponese žalobce. Doložení splnění podmínky uvedené níže pod bodem 1 si lze představit pouze v rovině argumentační. Podmínkou druhou je tedy doložit, že na území soudu, u kterého byla žaloba podána, je určitý majetek žalovaného. Zde si dokážeme představit důkaz výpisem z veřejného registru (obchodní rejstřík, katastr nemovitostí, evidence motorových vozidel apod.), nebo například důkaz svědeckou výpovědi v případě majetku movitého. Volné uvážení soudu, případně ustálená judikatura pak budou rozhodující pro určení přiměřenosti, resp. nepřiměřenosti hodnoty majetku dlužníka ve státě soudu k hodnotě nároku. Poslední podmínkou nutnou ke splnění všech předpokladů pro založení pravomoci soudu ve smyslu čl. 25 nového nařízení je dostatečná vazba na členský stát, u jehož soudu byl podán návrh.

Není od věci upozornit na skutečnosti, že zde existuje povinnost splnění dvou podmínek vazby na stát, u jehož soudu byl podán návrh. První je

¹⁷ Důvodová zpráva, s. 9, čl. 3.1.2., druhá odrážka

¹⁸ Přičemž nelze pominout ani splnění podmínek daných samotnou aplikací nařízení.

existence majetku na jeho území (jehož hodnota není nepřiměřená hodnotě nároku). Druhou je jiná, další vazba, vazba sporu¹⁹, na členský stát, u jehož soudu byl návrh podán. Druhá vazba nadto musí být z pohledu soudu dostatečná. Žalobce tak bude muset prokázat nejen obecně přítomnost majetku na území státu, u jehož soudu byl podán návrh, nýbrž další dostatečnou vazbu sporu na tento členský stát. Jednou z variant samozřejmě bude prokázat, že žalobce je domicilován ve státě, u jehož soudu je žaloba podána, čímž by mohla být založena dostatečná vazba na stát soudu. Lze si ale také představit situaci, kdy na území státu, u jehož soudu bude žaloba podána, nebude evidentní žádná jiná vazba. Bude pak pouze věcí dokazování doložit, zda jakákoli vazba existuje. V takovém případě bude opět věcí volného uvážení soudů rozhodnout o „dostatečnosti“ vazby a tedy založení mezinárodní příslušnosti. Pomoci si určitě po čase budeme moci také judikaturou.

Judikatura v oblastech, které byly označeny výše jako prostor pro volné uvážení soudů ke zvážení, pak nabývá rozměrů širších, nikoli jen národních. Nebude se jednat o judikaturu unijní ve smyslu používání rozhodovací praxe soudních orgánů EU, nýbrž o možné argumentační využití judikatury jednoho soudu členského státu o soudu jiného členského státu.

Aplikační kritéria Čl. 25

Není-li žádný soud příslušný dle čl. 2 až 24

pak je příslušný soud státu, na jehož území se nachází majetek žalovaného

jehož hodnota není – ve vztahu k hodnotě nároku – nepřiměřená

spor vykazuje dostatečnou vazbu na členský stát

Článek 26 v návrhu nového nařízení o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech nezakládá, jak tomu bylo uvedeno u čl. 25, tzv. obligatorní jurisdikci, nýbrž jde o jurisdikci fakultativní. Níže budou analyzovány jednotlivé podmínky, které článek 26 návrhu nového nařízení, přesto je nutno na úvod skepticky poznamenat, že přes doložení kumulativního splnění všech těchto kritérií, není povinností soudu rozhodnout o své příslušnosti.

¹⁹ Tato analýza se vztahuje také na čl. 26 a tam uvedenou totožnou podmínku pro založení mezinárodní příslušnosti soudu státu EU

Čl. 26 stanoví:

Není-li žádný soud členského státu příslušný podle tohoto nařízení, mohou soudy tohoto členského státu věc ve výjimečném případě rozhodnout, pokud to vyžaduje právo na spravedlivý proces nebo právo na přístup ke spravedlnosti, a zejména

a) pokud řízení nelze rozumně zahájit nebo vést ve třetím státě, který vykazuje úzkou vazbu se sporem, nebo pokud by řízení bylo v tomto státě nemožné; nebo

b) pokud rozhodnutí o nároku ve třetím státě by nebylo možné uznat a vykonat v členském státě, u jehož soudu bylo zahájeno řízení podle práva tohoto státu, a toto uznání a výkon jsou nezbytné k tomu, aby bylo zajištěno uspokojení práv žalobce;

a spor vykazuje dostatečnou vazbu na členský stát, u jehož soudu byl podán návrh.

Aplikační kritéria uvedená níže pod bodem 1 – 4 lze považovat za jakousi generální klauzuli k aplikaci čl. 26. Lze tedy konstatovat, že příslušnost soudu členského státu bude dána, dojde-li k kumulativnímu naplnění podmínek, že žádný soud není příslušný podle čl. 2- 25, bude se jednat o výjimečný případ, spor bude vykazovat dostatečnou vazbu na členský stát, u jehož soudu byl podán návrh a bude-li to vyžadovat právo na spravedlivý proces nebo právo na přístup ke spravedlnosti. Generální klauzulí máme na mysli zejména to, že i přes uvedení dalších konkretizací v čl. 26 (Aplikační kritéria čl. 26, bod 5 a., b.), postačí k plnohodnotnému založení fakultativní příslušnosti splnění podmínek uvedených v Aplikačních kritériích čl. 26 pod body 1 až 4.

Bod 5 uvedený v aplikačních kritériích čl. 26 je, opět v duchu pojmosloví českého obchodního práva – jako u pojmu generální klauzule-, možno považovat za jednotlivé skutkové podstaty. Jedná se de facto o konkretizaci podmínky uvedené pod bodem 4. Forum necessitatis tedy považuje za absenci práva na spravedlivý proces nebo absenci možnosti přístupu ke spravedlnosti situace, kdy řízení není možné zahájit nebo vést ve třetím státě, nebo je-li takové řízení ve třetím státě nemožné. Obdobně je to u situace, kdy rozhodnutí vydané soudem třetího státu není možné uznat a vykonat v členském státě, u něhož podle jeho národního práva bylo zahájeno řízení (zřejmě o uznání a výkonu) a toto uznání a výkon jsou nezbytné k uspokojení práv žalobce.

Jedná se však o výčet demonstrativní, což lze dovodit jednak z výkladu teleologického, ale také jazykového. Demonstrativní výčet znamená, že lze možná přepokládat daleko širší aplikační dopad, než si představují tvůrci

návrhu nového nařízení. S výkladem situace odpovídající popření práva na spravedlivý proces a práva na přístup ke spravedlnosti si budeme muset, respektive budeme moci, vypomoci evropskou Úmluvou o ochraně základních lidských práv a svobod a obdobnými předpisy nejvyšší právní síly členských států. Obdobně budou zřejmě využívány také související judikáty a rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva, ústavních soudů členských států apod. Evropskou unii tedy čeká vznik dalších, ve smyslu terminologie obchodního práva, soudcovských skutkových podstat při aplikaci článku 26 nového nařízení. I zde si dovedeme představit argumentaci žalobcovu s využitím judikatury soudu jiného členského státu. Nepřímá harmonizace prostřednictvím judikatury jiných členských států tak v tomto případě může nalézt své místo. Velmi podstatný bude také autonomní výklad podaný k tomuto článku v průběhu času Soudním dvorem EU.

Aplikační kritéria Čl. 26

Není-li žádný soud příslušný dle 2 až 25

ve výjimečném případě

a spor vyžaduje dostatečnou vazbu na členský stát, u něhož byl podán návrh

vyžaduje-li to právo na spravedlivý proces nebo právo na přístup ke spravedlnosti

a zejména (tedy nikoli jen)

nelze rozumně zahájit nebo vést nebo není možné takové řízení zahájit ve třetím státě, který vykazuje úzkou vazbu se sporem

rozhodnutí vydané soudem třetího státu není možné uznat a vykonat v členském státě, u něhož podle jeho národního práva je zahájeno řízení a toto uznání a výkon jsou nezbytné k uspokojení práv žalobce

mohou soudy tohoto členského státu rozhodnout

Závěr

Cílem návrhu nového nařízení je, jak vyplývá také z důvodové zprávy, zajištění rovnosti mezi členskými státy. Hlubší analýzu úspěchu či neúspěchu takového ambiciózního odůvodnění přijetí čl. 26 bude možné provést až po delším čase od přijetí samotného návrhu nového nařízení. Ani po mnoha letech však taková analýza nebude jednoduchá a je otázkou, zda bude vůbec možná. Určitou reflexi situace nám bude moci poskytnout také Soudní dvůr EU, bude-li mít možnost vyjádřit se k těmto ustanovením. To lze ale předpokládat.

Jedním z cílů tohoto příspěvku bylo porovnat články 25 a 26 nového návrhu nařízení. Hlavním rozdílem, který je výše popsán, je v případě článku 25 povinnost soudu rozhodnout pozitivně o své příslušnosti. Naproti tomu čl. 26 takovou povinnost soudu členského státu ani za splnění všech podmínek v článku uvedených nedává a soud pouze „může“ přijmou svojí příslušnost.

Praxe a používání prokáže funkčnost těchto nových článků, respektive dalších podpůrných příslušností, stejně jako bude muset prokázat, zda došlo k naplnění cíle, jenž byl vytčen v důvodové zprávě k tomuto návrhu, tedy sjednocení podmínek k žalobám pro subjekty z členských států vůči subjektům ze států mimo EU.

Literature:

ROZEHNALOVÁ, N. Právo mezinárodního obchodu. 3. vydání. Praha: ASPI, 2010. ISBN 978-80-7357-562-5

BĚLOHLÁVEK, A. J. Mezinárodní právo soukromé evropských zemí. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010. ISBN 978-80-7400-309-7

SIMON, P. ŠUK, P. Upravuje Nařízení Brusel I. soudní pravomoc nebo příslušnost? Právní fórum. 2008. č. 2. s. 54 a násl.

PAUKNEROVÁ, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010.

Contact – email

info@janhavlicek.com

JE MOŽNÉ ZJEDNOTIŤ DÔCHODKOVÝ SYSTÉM V EURÓPE

VLADIMÍR HORNÁČEK

Katedra pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia právnickej
fakulty Trnavskej univerzity, Slovensko

Abstract in original language

Európska únia v roku 2010 vydala takzvanú Zelenú knihu, ktorou chce reagovať na starnutie obyvateľstva v EÚ. Jednotlivé dôchodkové systémy členských štátov sa na základe demografických zmien reformujú. Finančná kríza zhoršila celú situáciu a zjednotenie dôchodkového zabezpečia je čoraz naliehavejšie. Za formu dôchodkového systému sú zodpovedné hlavne členské štáty. No napriek tomu sa Európska únia cíti kompetentná, na to aby vyvolala diskusiu o tejto problematike v podobe zelenej knihy. Európska únia si nepriznáva, že by chcela zjednotiť dôchodkový systém v celej únii, no práve zjednotenie dôchodkového systému môže byť jedno z riešení ako stabilizovať celý systém. Autor sa v článku zamýšľa nad tým, či je možné vytvoriť jednotný európsky dôchodkový systém.

Key words in original language

Európska Únia, zelená kniha, dôchodkový systém, penzijné schém

Abstract

The European Union in 2010 issued a so-called Green Paper, which wants to respond to the aging population in the EU. Individual pension schemes of the member states are in process of reform, because of the demographic change. The financial crisis has worsened the whole situation and ensures the unification of the pension is becoming increasingly urgent. Forms of pension system belong to responsibility of the member states. Yet, the European Union feel competent, to rise to a debate on this issue in the form of the Green Paper. The European Union has granted, that would like to unify the pension system throughout the Union, but just the unification of the pension system may be one of the solutions to stabilize the whole system. The author examines whether or not it is possible to create a single European pension system

Key words

European Union, green paper, pension system, pension schemes

1. ÚVOD

Európska komisia dňa 7. Júla 2010 zahájila celoeurópsku verejnú diskusiu o tom ako zaistiť adekvátne udržateľné a bezpečné dôchodky, vydaním Zelenej knihy. Verejná diskusia, do ktorej sa mohol zapojiť akýkoľvek subjekt prostredníctvom špecializovanej webovej stránky, trvala 4 mesiace

a skončila 15. novembra 2010. Komisia po skončení verejnej diskusie zanalyzovala všetky reakcie verejnosti a z nich sa pokúsi o formulovanie návrhov najlepšieho postupu pre ďalšiu činnosť v tejto oblasti. Samotný popud tejto verejnej diskusie vystihuje vyjadrenie predsedu Komisie Josého Barrosa: „Milióny Európanov sú závislí na dôchodkoch. Kríza poukázala na význam európskeho prístupu k dôchodkovým systémom. Odhalila previazanosť rôznych dôchodkových pilierov v každom členskom štáte a význam spoločného prístupu EÚ k solventnosti a sociálnej primeranosti. Rovnako jasne ukázala, že penzijné fondy sú dôležitou súčasťou finančného systému. Musíme zaistiť, aby dôchodky splňovali to, čo sa od nich očakáva, teda poskytovali maximálnu podporu súčasným a budúcim dôchodcom, vrátane ohrozených skupín.¹“ Samotná komisia považuje reakciu verejnosti za veľmi úspešnú. K stanovenému dňu zozbierala skoro 1700 odpovedí z celej EÚ, z toho až 350 od vlád členských štátov, národných parlamentov, podnikateľských zväzov či predstaviteľov dôchodkových fondov a správcov.²

Možno teda badať určitý odklon od pôvodného účelu založenia EÚ (vytvorenie jednotného trhu, zabezpečenie voľného pohybu kapitálu, služieb, osôb a práce,...) smerom k otázkam, ktoré pri zakladaní spoločenstva, neboli „aktuálne“. Následkom demografických zmien a nedávnej hospodárskej krízy sa ukázalo, že dôchodkový systém v členských štátoch nefunguje všade rovnako a efektívne. Môže nastať situácia, že dôchodkové práva občanov EÚ nebudú všade rovnako upravené a zabezpečené. Okrem iného sa čoraz častejšie vynára otázka ako efektívne nastaviť dôchodkového zabezpečenia migrujúceho obyvateľstva v EÚ. Unifikovaním dôchodkových pravidiel na Európskej úrovni môže zjednodušiť migráciu zamestnancov a podporiť tak ekonomický rast. Snaha o zjednocovanie sociálnych práv v Európskom priestore nie je novinkou. Už Medzinárodná organizácia práce sa od začiatku svojho fungovania snažila stanoviť minimálne štandardy dôchodkového zabezpečenia platné nielen v Európe ale aj v celom svete. Dalo by sa hovoriť o snahe vybudovania minimálnych štandardov, ktoré majú zabezpečiť lepšie dodržiavanie a uplatňovanie ľudských práv. Dnes sa ale snaha Komisie o zjednotenie dôchodkového systému týka však otázok ako sú demografické zmeny, dopady finančnej krízy na penzijné fondy, prepád hospodárskeho rastu, rastúce deficity štátnych rozpočtov členských štátov či nárast nezamestnanosti v EÚ. Všetky tieto problémy ovplyvňujú dôchodkové systémy členských štátov, ktoré v snahe ich vyriešiť reformujú svoje dôchodkové systémy. Potreba reformovania dôchodkových systémov je v celej EÚ, preto je dobré si položiť otázku, či nie je efektívnejšie upraviť jednotný dôchodkový systém pre všetky členské štáty na komunitárnej

¹ Európska komisia (2010) Zelená kniha – na ceste k primeraným, udržateľným a spoľahlivým dôchodkovým systémom v Európe, str. 2

² Pozri Európska komisia (2011) Zhrnutie odpovedí na konzultácie Zelenej knihy - na ceste k primeraným, udržateľným a spoľahlivým dôchodkovým systémom v Európe, str. 2

úrovni. Snahou Komisie je vytvoriť primerané, udržateľné a spoľahlivé dôchodkové systémy v Európe. Úlohou je nastavenie dôchodkových systémov členských štátov, tak aby bol zabezpečený dostatočný príjem pre ekonomicky neaktívne obyvateľstva v EÚ a navyše aby takýto systém čo najlepšie dokázal odolávať demografickým či finančným zmenám a bol v súlade s celkovou Európskou politikou, najmä so stratégiou Európa 2020.

Hlavnými cieľmi, ktorými sa má unifikovanie zaoberať je najmä zabezpečiť kľúčové zásady tohto systému - medzigeneračnú a vnútroštátnu solidaritu. Dôchodkové dávky vyplácané zo systému musia zabezpečiť zachovanie doterajšej životnej úrovne poberateľov a obmedziť tak nárast chudoby v pokročilejšom veku. Optimálnym spôsobom predĺžiť dôchodkový vek vzhľadom na demografické zmeny a zabezpečiť (sociálne) dôchodkové práva mužov i žien (stanovené najmä v Európskej sociálnej charte, v Charte základných práv pracovníkov Spoločenstva a Charte základných práv Európskej únie). Dôležitým cieľom je aj odstrániť prekážky, ktoré bránia v dokončení jednotného trhu a zabezpečiť tak voľný pohyb kapitálu, služieb a zamestnancov.

2. OD ZELENEJ KNIHY K ROZHODNUTIU.

Európskej komisii patrí právo navrhovať nové právne predpisy a tým formovať smer vývoja celej EÚ. Na otázky týkajúce sa dôchodkov sa komisia rozhodla použiť práve proces konzultácií s odbornou verejnosťou prostredníctvom zelenej knihy.

„Zelené knihy sú diskusné dokumenty zverejňované Komisiou vzťahujúce sa k určitej oblasti politiky – téme, ktoré sa komisia chystá regulovať. Ukazujú nám teda smer, ktorým sa regulácia jednotného trhu bude v budúcnosti uberať. Tieto dokumenty sú určené predovšetkým zúčastneným stranám, organizáciám i jednotlivcom, ktoré sú týmto vyzvané k tomu, aby sa zapojili do procesu konzultácie na európskej úrovni na určitú tému.“³ Komisia využíva takto zozbierané návrhy, poznámky a vyjadrenia na čo najlepšiu predstavu o skutočných pohľadoch a potrebách subjektov nachádzajúcich sa v EÚ. Na základe takto vykonštruovaných záverov komisia formuluje návrhy najlepšieho postupu pre ďalšiu činnosť. Zvyčajne Komisia zozbierané odpovede uverejňuje, najčastejšie v samostatnom sumarizačnom dokumente. Hlavným účelom tohto dokumentu je prezentovať všetky názory respondentov, tak aby sa s nimi mohol ktokoľvek oboznámiť. Takto vyvolané konzultácie ako reakcia na zelenú knihu potom môžu viesť až k vydaniu bielej knihy, ktorá navrhuje súbor konkrétnych prostriedkov spoločnej akcie na komunitárnej úrovni. „Biele knihy sú dokumenty, ktoré obsahujú návrhy na činnosť Spoločenstva v určitej

³ BOZP : Zelene knihy [online]. Zmenené 20.4.2011[cit. 2011-04-20]. Dostupné z: http://www.bozpinfo.cz/iso/zelene_knihy/?vynechat=135&pocet=15&serazeni=datum&směr=vzes

oblasti. Niekedy nadväzujú na zelené knihy zverejnené s cieľom podnietiť proces konzultácie na Európskej úrovni. Zatiaľ čo zelené knihy prezentujú široké spektrum nápadov a predkladajú ich verejnosti k diskusii, biele knihy obsahujú oficiálne návrhy pre určité oblasti politiky (celok návrhov k postupom na komunitárnej úrovni) a majú pomáhať ich rozvoju. Sú následne programovým dokumentom strednodobého výhľadu.⁴ Samotný proces zelenej knihy ale nemusí vyústiť do publikovania bielej knihy. Komisia v bielej knihe stanoví obsah aj formu akým spôsobom chce stanovené ciele v zelenej knihe presadiť. Samotné schválenie výsledného právneho predpisu je závislé od Rady a Parlamentu – od legislatívneho procesu EÚ. Najdôležitejšou podmienkou prijatia právneho aktu na komunitárnej úrovni je existencia právneho základu. Vynára sa teda otázka, či je EÚ oprávnená zasahovať do dôchodkových systémov jednotlivých členských štátov.

3. KOMPETENCIE EÚ

Ak by sme mali považovať zelenú knihu za začiatok unifikácie dôchodkového zabezpečenia a vytvorenia jednotného dôchodkového systému v EÚ, narazili by sme na závažnú právnu prekážku. EÚ totiž nemá v tomto smere dostatočné kompetencie. Neumožňuje to práve čl. 5 a čl. 153 Zmluvy o Európskej únii a Zmluvy o fungovaní Európskej únii. Viacero respondentov v odpovediach na zelenú knihu uviedli, že EÚ nemá právny základ ani kompetencie aby mohla týmto procesom nastoliť jednotnú úpravu a tak zasiahnuť do otázok dôchodkového zabezpečenia jednotlivých štátov. Otázka dôchodkového zabezpečenia patrí medzi spoločné zdieľané kompetencie (sociálna politika, kapitola X. Zmluvy o fungovaní EÚ). Členské štáty rozhodujú, pokiaľ rozhodnutie neprijali inštitúcie EÚ. Treba brať ale v úvahu, že delba kompetencií medzi EÚ a členskými štátmi sa riadi princípom subsidiarity a proporcionality (čl. 5 Zmluvy o Európskej únii). „Princíp subsidiarity má zabezpečiť, aby boli rozhodnutia prijímané na úrovni čo najbližšie občanovi. Únia v súlade s týmto princípom koná len vtedy, pokiaľ ciele navrhovanej činnosti nemôžu byť uspokojivo dosiahnuté členskými štátmi a môžu byť z dôvodu rozsahu či účinku navrhovanej činnosti lepšie dosiahnuté spoločnosťou.“⁵ Ani samotná komisia nemá aspiráciu na zjednotenie dôchodkového modelu (uvádza to tak v zelenej knihe), no napriek tomu otvára dôležité otázky, ktoré spadajú výlučne pod kompetenciu členských štátov (ako napríklad otázka číslo 2: „Je súčasný dôchodkový rámec na úrovni EÚ pre zaistenie udržateľných verejných financií dostatočný?“ alebo otázka číslo 3 „Aký je najlepší spôsob pre

⁴BOZP : Zelene knihy [online]. Zmenené 20.4.2011[cit. 2011-04-20]. Dostupné z: http://www.bozpinfo.cz/iso/zelene_knihy/?vynechat=135&pocet=15&serazeni=datum&směr=vzes

⁵ EUROPSKA ÚNIA: Princíp subsidiarity [online]. Zmenené 20.4.2011. [cit. 2011-04-20]. Dostupné z: www.europskaunia.sk

dosiahnutie vyššieho veku skutočného odchodu do dôchodku a ako by k tomu mohlo prispieť zvýšenie dôchodkového veku?... Akú úlohu by v tomto smere mohla hrať EÚ?⁶). Je možné postrehnúť, že sa Komisia prostredníctvom zelenej knihy (okrem iného) snaží zistiť aj situáciu, či by bolo možné upraviť niektoré dôchodkové otázky (dôchodkový vek,...), ktoré patria pod výlučnú právomoc členských štátov. Členské štáty a väčšina respondentov ale preferujú aby EÚ, ak chce pomôcť v nastolených otázkach, zotrvala v súčasných aktivitách. Jedná sa najmä o sociálnu metódu otvorenej koordinácie. Niektorí respondenti by uvítali či vytvorenia spoločného rámca pre konzultácie v oblasti dôchodkových reforiem a zavedenie jednotných definícií. Niektoré otázky v zelenej knihe však spadajú pod výlučnú kompetenciu EÚ a medzi spoločné zdieľané kompetencie, pričom v niektorých otázkach už EÚ prijala právne akty, ktoré nastavujú jednotnú právnu úpravu.

Otázka udržateľných dôchodkových systémov priamo ovplyvňuje otázku verejných financií, zadlžovania štátu a celkový hospodársky rast, čo sa priamym spôsobom dotýka kompetencií EÚ. Taktiež nemožno zabudnúť na základné slobody – voľný pohyb kapitálu (kapitalizačné dôchodkové systémy niektorých štátov stále predstavujú prekážku pre voľný pohyb kapitálu v jednotlivých dôchodkových fondoch v rámci celej EÚ), voľný pohyb zamestnancov (zlepšenie zamestnaneckých penzijných schém pre migrujúcich zamestnancov) či voľný pohyb služieb (cezhraničné poskytovanie finančných dôchodkových sporení).

4. JEDNOTNÝ DÔCHODKOVÝ SYSTÉM

V rámci celej EÚ v posledných desaťročiach prebehli reformy dôchodkových systémov, či už vo forme zmenenia doterajšieho dôchodkového modelu (Poľsko, Slovensko, Slovinsko, Maďarsko,...) alebo vo forme zmeny niektorých prvkov dôchodkového systému (napr.: zmena dôchodkového veku vo Francúzsku v roku 2010). Komisia poukazuje na fakt, že v mnohých členských štátoch bude treba vykonať dodatočné reformy, a to s ohľadom na demografické zmeny s cieľom zaistiť dlhodobý úspech reforiem už zavedených.⁶ Taktiež existujú ešte členské štáty, ktoré nepodnikli nevyhnutné dôchodkové reformy, ktoré majú zabezpečiť stabilitu ekonomiky a verejného rozpočtu. Naskytuje sa tu priestor pre úpravu na komunitárnej úrovni. Unifikácia by bezpochyby poskytla priestor pre zvýšenie právnej istoty dôchodkových práv občanov ako aj ekonomickú stabilitu celého európskeho priestoru. Prekážkou tohto úsilia sú však rozdielne dôchodkové systémy členských štátov. Formovanie dôchodkových modelov členských štátov bolo ovplyvnené odlišným historickým, politickým a ekonomickým vývojom. To čo funguje v jednom

⁶ Porovnaj s Európska komisia (2010) Zelená kniha – na ceste k primeraným, udržateľným a spoľahlivým dôchodkovým systémom v Európe, str. 6

štáte, nemusí fungovať v druhom štáte. Dôchodkový systém nie je uzavretým systémom v rámci členského štátu. Práve naopak je previazaný s daňovým a odvodovým systémom, s pracovným právom danej krajiny a aj s nástrojmi rôznych druhov politik (od politiky zamestnanosti až po celkovú sociálnu politiku štátu). Zmenou dôchodkového systému by bola nevyhnutná aj zmena ostatných zložiek systému a tu by sa jednalo už o zasahovanie do otázok, ktoré patria pod výlučnú kompetenciu členských štátov. Navyše snaha unifikovať a upraviť ostatné zložky systému aby boli komfortné s unifikovaným dôchodkovým systémom je tak rozsiahle, že by trvalo niekoľko desiatok rokov aby sa jednotlivé zložky členských štátov priblížili a boli kompatibilné a celý systém fungoval. Taktiež vnímanie sociálnych práv a ich realizácia je rozdielna v jednotlivých členských štátoch (napr. existuje stále dualizmus v dôchodkových dávkach, kde stále existuje Bismarckovský model a Beveridgeov model, pri niektorých štátoch možno hovoriť o zmiešanom modeli). Preto je súčasné vytvorenie jednotného ideálneho dôchodkového systému v rámci celej EÚ utópiou.

Komisia v zelenej knihe však konštatuje, že k dosiahnutiu a udržaniu primeraných, udržateľných a spoľahlivých dôchodkov by mohla prispieť spoločná platforma platná pre všetky členské štáty. Komisia v žiadnom dokumente nedefinuje, čo by mala byť spoločná platforma. Preto si pod týmto pojmom môžeme predstaviť širokú škálu opatrení, regulácií a spoločných postupov či už na politickej, ekonomickej alebo právnej úrovni. V nasledujúcom texte chceme načrtnúť niektoré aspekty, ktorým smerom by sa EÚ za cestou k jednotnému dôchodkovému systému mohla pohnúť. Treba však poznamenať, že sa jedná už o existujúce a diskutované možnosti riešenia dôchodkovej otázky.

4.1 PRÁVNE INŠTITÚTY

Hlavnou prekážkou zjednotenia dôchodkového systému členských štátov je, že sa v EÚ vyskytuje 27 dôchodkových systémov. Každý členský štát má vlastný unikátny dôchodkový systém, ktorý sa však zakladá na podobných princípoch. Jednoduchším spôsobom ako ovplyvniť dôchodkové systémy jednotlivých členských štátov je cesta rovnakej úpravy právnych inštitútov dôchodkového práva. V každom členskom štáte môžeme pozorovať výskyt pravidelne sa opakujúcich právnych inštitútov dôchodkového zabezpečenia (ako napríklad dôchodkový vek, dĺžka poistenia, osobný rozsah a iné). Jednotlivé právne inštitúty výrazne ovplyvňujú celkovú podobu dôchodkového systému členského štátu. Spoločnou úpravou týchto inštitútov vytvára priestor pre zjednotenie na Európskej úrovni. Pritom možno postrehnúť, že sa niektoré právne inštitúty reformujú rovnakým smerom. Rovnaký trend v reforme je najlepšie viditeľný práve na dôchodkovom veku. Dôchodkový vek (okrem iného) slúži ako hlavný indikátor, vzniku nároku občana na poberanie starobného dôchodku. Je jedným z hlavných inštitútov, ktorý kreuje vznik dôchodkových práv. Z portálu MISSOC možno usúdiť, že najnižší dôchodkový vek v členských

štátoch je pre muža: 61 rokov a ženu: 58 rokov. V priemere je v 24 členských štátoch vek odchodu do dôchodku pre muža 64,35 a ženu 62,75 rokov. 12 z 24 štátov má rovnaký vek odchodu do dôchodku pre muža a ženu, do roku 2020 by sa k týmto štátom mali pripojiť ďalšie 3 členské štáty. V Estónsku sa plánuje vyrovnať dôchodkový vek mužov a žien v roku 2016 (na 63 rokov), vo Veľkej Británii má nastať do roku 2020 taktiež vyrovnanie dôchodkového veku mužov a žien (65 rokov). Viacero štátov uvažuje v priebehu nasledujúcich rokov zvýšiť vek odchodu do dôchodku. Napríklad v Maďarsku sa má zvýšiť dôchodkový vek z terajších 62 rokov na 65 rokov do roku 2022. Môžeme teda vyvodiť záver, že sa vo všetkých členských štátoch nastáva nasledujúci proces: 1. postupné (ale isté) zvyšovanie dôchodkového veku 2. vyrovnávanie dôchodkového veku mužov a žien. Naskytuje sa teda priestor pre zjednotenie dôchodkového veku vo všetkých členských štátoch. Komisia na tento trend zvyšovania dôchodkového veku reaguje v zelenej knihe úvahou o zavedení mechanizmov automatickej úpravy dôchodkového veku berúce v úvahu demografické zmeny. Vychádza z presvedčenia, že predlžovaním dĺžky života sa nevyhnutne musí predlžovať aj dĺžka pracovného života. „Mechanizmy automatickej úpravy spravidla upravujú dávky, práva a výšky príspevkov na základe zmeny okolností akými môže byť ekonomická situácia, výnos finančných trhov alebo predpokladov dlhovekosti.“⁷ Inou možnosťou by mohlo byť vytvorenie povinného minimálneho dôchodkového veku v EÚ. Od tohto veku by sa členské štáty mohli odchýliť iba v prípade uzákonenia vyššieho dôchodkového veku. Stanovenie minimálneho dôchodkového veku je náročné, keďže každý členský štát má inú životnú úroveň, zdravotnú starostlivosť a priemernú dĺžku života. Možno je však aj kombinovanie oboch postupov. Okrem dôchodkového veku je tu veľa ďalších právnych inštitútov, ktoré možno podobným spôsobom upraviť. Mimo právnych inštitútov sa ponúka priestor na zjednotenie charakteristík dôchodkového systému, ako je napríklad jednotné určenie osobného rozsahu dôchodkového poistenia, či započítavanie doby starostlivosti o iné osoby (dieťa, chorých rodinných príslušníkov,...) do doby dôchodkového poistenia. Veľmi dôležitá je v tejto oblasti komparácia jednotlivých dôchodkových systémov členských štátov, aby nedochádzalo k nežiaducemu narušovaniu ostatných systémov (daňového systému apod.), ktoré sú priamo alebo nepriamo ovplyvňujú dôchodkový systém. K tomuto účelu by mala poslúžiť už fungujúca otvorená metóda komparácie v sociálnych veciach, ktorá má veľký význam hlavne pri zbližovaní vnútroštátnych právnych poriadkov členských štátov.

⁷ Európska komisia (2010) Zelená kniha – na ceste k primeraným, udržateľným a spoľahlivým dôchodkovým systémom v Európe, str. 22

4.2 ZAMESTNANECKÉ PENZIJNÉ SCHÉMY

V priebehu desaťročí sa v EÚ priestore vytvorili tzv. zamestnanecké penzijné schémy. Jedná sa o situáciu, kedy zamestnávateľ poskytuje svojim zamestnancom v rámci podnikovej sociálnej politiky možnosť pripraviť sa na svoj dôchodok. Jedná sa teda o tzv. druhý pilier dôchodkového zabezpečenia. Penzijná schéma určuje spôsob na základe ktorého sa bude vyplácať dôchodková dávka. Vo všeobecnosti možno rozdeliť penzijné schémy na dávkovo orientované a príspevkovo orientované. V EÚ sa vyskytujú obe formy. Komisia v zelenej knihe konštatuje, že pokračuje prechod od dávkovo definovaných schém k príspevkovo definovaným schémam. „Dnes je takmer 60 miliónov Európanov účastníkmi príspevkovo definovaných systémov. Tieto systémy sú v súčasnosti oveľa častejšie než pred desiatimi rokmi a ich význam bude naďalej rásť.⁸ „Rôznorodý vývoj v dôchodkových systémoch členských štátoch a trend smerom k príspevkovo definovaným systémom však vyvoláva nové otázky. Reformy viedli k tomu, že na určité fondové dôchodkové systémy, verejné i skromné, sa v niektorých členských štátoch vzťahujú predpisy EU, v iných však nie. Na podobné dôchodkové systémy sa vzťahujú rôzne pravidlá EU, čo vyvoláva otázky o konzistentnosti.“⁹ Príspevkovo definované systémy nedefinujú výšku dôchodkovej dávky, ktorú ma účastník poberať ale naopak určujú výšku povinného príspevku. Hlavnou zmenu, ktorú prináša príspevkovo orientované schémy je prenos investičného a inflačného rizika na účastníka systému, pre ktorého je zložitejšie zvládnuť tieto riziká. Zavedenie jednej povinnej penzijnej schémy nie je účelné, keďže existujú stále zamestnávateľia, ktorí poskytujú pre zamestnanca vhodnejšiu formu – dávkovo definovaných penzijných schém. Navyše sa začali objavovať aj hybridné modely, u ktorých prichádza k rozdeleniu rizika medzi prispievateľov a prevádzkovateľov systému. Priestor pre EÚ na unifikáciu je v zjednotení (prepracovaní už existujúcich pravidiel) pravidiel v oblasti správy, riadenia rizík, zabezpečenia aktív, investičných pravidiel a poskytovania informácií. Taktiež sa EÚ doteraz nezaoberala akumulácnou fázou, teda je tu priestor pre vytvorenie plánu na zmiernenie krátkodobej nestability návratnosti a výber v oblasti investícií a základných investičných možností.¹⁰

⁸ Európska komisia (2010) Zelená kniha – na ceste k primeraným, udržateľným a spoľahlivým dôchodkovým systémom v Európe, str. 14

⁹ Európska komisia (2010) Zelená kniha – na ceste k primeraným, udržateľným a spoľahlivým dôchodkovým systémom v Európe, str. 13

¹⁰ Porovnaj s Európska komisia (2010) Zelená kniha – na ceste k primeraným, udržateľným a spoľahlivým dôchodkovým systémom v Európe, str. 14

4.3 28.REŽIM

28. režim by mal v každom členskom štáte predstavovať druhý režim, ktorý by stranám poskytol možnosť výberu z režimu domáceho (vnútroštátneho) a 28. režimu. Tento 28. režim je definovaný na úrovni EÚ a ustanovený predpismi EÚ. Hlavnou úlohou je uľahčovať interakciu strán pri uzatváraní zmlúv (v tomto prípade zmluvy, ktoré zakladajú doplnkové sporenie - teda 3.pilier) a má obsahovať také právne inštitúty, ktoré ochraňujú slabšiu stranu zmluvného vzťahu. Pri zvolení 28. režimu sú ním strany viazané počas celej doby existencie právneho vzťahu a zmluvné strany ho musia do svojho zmluvného vzťahu prevziať en bloc, teda nemôžu si vybrať len ustanovenia, ktoré by im práve vyhovovali.¹¹ „Odkazy na možnosť používať takzvaný 28. režim sa začali objavovať aj v rozličných dokumentoch Komisie a Európskeho parlamentu, ktoré sa venujú dôležitým témam, pri ktorých sa očakáva, že želaná úplná harmonizácia nebude ani jednoduchá ani dosiahnuteľná.“¹² Podľa prieskumov Európskeho hospodárskeho a sociálneho výboru odborná verejnosť vyjadrila, že táto metóda by mohla byť užitočná alternatíva práve k tradičnej harmonizácii dôchodkového zabezpečenia a finančných služieb. 28. režim predstavuje voliteľný nástroj poskytujúci alternatívu k národnému právnemu režimu pre zmluvné strany. Vytvorený 28. režim by mal odstraňovať právne prekážky fungovania jednotného trhu vytvárané pluralitou vnútroštátnych právnych poriadkov členských štátov. „Voliteľný nástroj by veľmi podporil fungovanie jednotného trhu a predstavuje najdokonalejšiu formu dobrovoľnej harmonizácie v súlade so zásadou subsidiarity.“¹³ „Kľúčovou problematikou 28. režimu sú dôchodky, pretože okolo 18 miliónov dôchodcov žije mimo svojho členského štátu. 28. režim by sa mal zamerať na dobrú informovanosť a budovanie dôvery (napr. zmluvy) a mal by viesť k zjednodušeniu služieb a produktov (hlavne finančných služieb).“¹⁴ Profesor Monti vo svojej správe navrhuje Komisii zaviesť tzv. 28. režim doplnkových dôchodkových práv. Považuje momentálnu právnu úpravu za prekážku voľného pohybu pracujúcich, keďže pri migrovaní zamestnancov dochádza k stratám z nepovinných foriem sociálnej ochrany. Navrhuje preto

¹¹ Porovnaj so Stanoviskom Európskeho hospodárskeho a sociálneho výboru na tému „28. režim – alternatíva umožňujúca tvorbu menšieho počtu právnych predpisov na úrovni Spoločenstva“, (2011/C 21/05), str.1

¹² Stanovisko Európskeho hospodárskeho a sociálneho výboru na tému „28. režim – alternatíva umožňujúca tvorbu menšieho počtu právnych predpisov na úrovni Spoločenstva“, (2011/C 21/05), str. 1

¹³ Stanovisko Európskeho hospodárskeho a sociálneho výboru na tému „28. režim – alternatíva umožňujúca tvorbu menšieho počtu právnych predpisov na úrovni Spoločenstva“, (2011/C 21/05), str. 6

¹⁴ Stanovisko Európskeho hospodárskeho a sociálneho výboru na tému „28. režim – alternatíva umožňujúca tvorbu menšieho počtu právnych predpisov na úrovni Spoločenstva“, (2011/C 21/05), str. 7

aby sa vytvoril 28. režim doplnkových dôchodkových práv. „Bol by to režim v plnom rozsahu nastavený podľa predpisov EÚ, ale existoval by súbežne s vnútroštátnymi predpismi a bol by teda voliteľnou možnosťou pre spoločnosti a pracovníkov. Pre pracovníka, ktorý by si zvolil tento režim, by v celej Európe platili tie isté predpisy o nepovinných dávkach.“¹⁵ 28. režim je možné vytvoriť len v rámci dobrovoľného dôchodkového zabezpečenia. Vytvorením 28. Režimu by sa stanovili dualita pravidiel v rámci tretieho piliera dôchodkového zabezpečenia v EÚ. Bolo by na voľbe zmluvných strán (sporiteľ, správcovská spoločnosť) či si rozhodnú spravovať svoj zmluvný vzťah na základe 28. režimu alebo na základe vnútroštátneho režimu. Profesor Monti taktiež upozorňuje na to, že 28. režim by sa mal týkať len pracovníkov, ktorý by prvýkrát uzatvorili zmluvu. Teda 28. režim by mal pôsobiť len ex nunc. Zavedením právneho dualizmu doplnkových dôchodkových práv môže spôsobiť problémy, najmä u tých občanov EÚ, u ktorých je právna a finančná gramotnosť na nie dostatočnej úrovni. Čo sa týka otázky kolíznych situácií, tým sa chce profesor Monti vyhnúť najmä tým, že ho zavedie len pre občanov, ktorý by prvýkrát uzatvárali zmluvu, ktorá ma zabezpečiť doplnkové dôchodkové dávky.

5. ZÁVER

V normotvorbe EÚ možno badať určitý odklon v spôsobe vytvárania pravidiel komunitárneho práva, hlavne v nových otázkach, ktoré EÚ doposiaľ nemusela riešiť. Využívanie procesu zelených kníh je veľmi frekventované. O tomto svedčí aj fakt, že s pred roku 1990 boli vydané len 4 zelené knihy. EÚ rieši okrem dôchodkových otázok aj otázky daní, zmluvné právo a iné. Pozitívne možno hodnotiť, že komisia využila práve zelenú knihu na zistenie názorov zainteresovaných subjektov pri riešení dôchodkovej otázky. Dodáva to „nádych“ demokracie, transparentnosti a väčšej odbornosti. Pluralita odborných názorov vyjadrených v zelenej knihe môže viesť k lepšiemu pochopeniu problematiky a teda aj k formulovaniu správnych záverov na vyriešenie dôchodkovej otázky. Nekoordinované reformy, ktoré jednotlivé členské štáty zavádzajú pod nátlakom okolností v posledných desaťročiach, môže ľudí viesť odchádzať do dôchodku v čo najskoršom možnom termíne, keďže majú obavy zo straty svojich dôchodkových práv. Preto si dôchodkové práva občanov EÚ vyžadujú posilniť právnu istotu na komunitárnej úrovni a to hlavne koordinovaným postupom pri reformovaní dôchodkových systémov členských štátov. „Napriek tomu, že celkovú zodpovednosť za podobu a organizáciu svojich dôchodkových systémoch nesú členské štáty, spadajú niektoré špecifické oblasti týkajúce sa dôchodkov priamo do oblasti pôsobnosti EÚ. Členské štáty rovnako uznávajú, že spoločný postup môže byť účinnejší a účelnejší a že dimenzia EÚ má pridanú hodnotu, už len

¹⁵ Monti M. Nová stratégia pre jednotný trh v službách európskeho hospodárstva a európskej spoločnosti, 9.máj 2010, str. 62

z toho dôvodu, že problémy sú vo všetkých krajinách podobné a reformné opatrenia musia byť konzistentné s nastávajúcim rámcom ako napríklad Paktom o stabilite a raste a stratégiou Európa 2020.¹⁶ Najzávažnejším argumentom je oblasť fiškálnej udržateľnosti, čo znamená pre členské štáty záväzok aby spravovali svoje národné rozpočty tak, aby neohrozili hospodársku a menovú úniu. Rada má právo najmä v rámci Paktu stability a rastu odporúčať nápravné opatrenia aj v oblasti sociálnej bezpečnosti v prípade ak táto oblasť spôsobuje problémy¹⁷. Reformy dôchodkových systémov si vyžadujú nemalé finančné prostriedky a budúce záväzky členských štátov na vyplácanie starobných dávok ešte viac zvýšia finančné nároky na národné rozpočty. Zjednotenie je preto z dlhodobého hľadiska nevyhnutné najmä pre zlepšenie stability hospodárskej a menovej únie a odstránenie posledných prekážok trhu pre voľný pohyb zamestnancov, služieb a kapitálu. EÚ už rozbehla túto činnosť zatiaľ len prostredníctvom nezáväzných odporúčaní a otvorenej metódy koordinácie. Bezpochyby však možno tvrdiť, že vydaním zelenej knihy sa otvorila nielen diskusia o unifikácii dôchodkového práva v EÚ ale aj samotná unifikácia.

Literature:

- Konsolidované znenie Zmluvy o Európskej únii a Zmluvy o fungovaní Európskej únie 2010/C 83/01
- Monti M. Nová stratégia pre jednotný trh v službách európskeho hospodárstva a európskej spoločnosti, 9.máj 2010, dostupne na http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_sk.pdf
- Stanovisko Európskeho hospodárskeho a sociálneho výboru na tému „28. režim – alternatíva umožňujúca tvorbu menšieho počtu právnych predpisov na úrovni Spoločenstva“ (2011/C 21/05) – 21.1.2011, dostupne na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:021:0026:0032:SK:PDF>
- Európska komisia (2010) Zelená kniha – na ceste k primeraným, udržateľným a spoľahlivým dôchodkovým systémom v Európe, SEK (2010)830, z dňa 7.7.2010 KOM(2010)365 Dostupné na <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5551&langId=en>

¹⁶ Európska komisia (2010) Zelená kniha – na ceste k primeraným, udržateľným a spoľahlivým dôchodkovým systémom v Európe, str. 17

¹⁷ Porovnaj s MEMO Brusel

- Natali, D. The Green Paper on Pensions: A critical review, dostupne na:
http://www.ose.be/files/publication/OSEPaperSeries/Natali_2010_OSEBriefingPaper4_1210.pdf
- Európska komisia (2011) Zhrnutie odpovedí na konzultácie Zelenej knihy
 - na ceste k primeraným, udržateľným a spoľahlivým dôchodkovým systémom v Európe, dostupne na:
- <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6624&langId=en>
- <http://ec.europa.eu/>
- http://ec.europa.eu/employment_social/soc-port/missoc98/english/f_main.htm

Contact – email

hornacek.vladimir@centrum.sk

INTERNATIONAL PROCEDURAL LAW APPLICABLE IN FOREIGN ELEMENT CASES BETWEEN THE CZECH REPUBLIC AND THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

VERONIKA HRADILOVÁ

Faculty of Law, Masaryk university, Czech Republic/Beijing, P. R. China

Abstract in original language

Cílem tohoto příspěvku je analyzovat aktuální otázky mezinárodněprocesních vztahů ve věcech občanských a obchodních mezi Českou republikou a Čínskou lidovou republikou. Jaké jsou právní prameny ve věcech uznání a výkonu cizích soudních rozhodnutí, uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, dále ověření veřejných listin, provedení důkazů a doručení rozhodnutí v cizině?

Key words in original language

Čínská lidová republika (ČLR); Haagská konference mezinárodního práva soukromého; právní pomoc; procesní právo.

Abstract

The aim of this contribution is to analyze the current issues of the international procedural law in civil and commercial matters applicable in foreign element cases involving the Czech Republic and the People's Republic of China. What are the legal sources of recognition and enforcement of foreign judgments, recognition and enforcement of foreign arbitral awards, and legalization of public documents, taking of evidence and delivery of judgments abroad?

Key words

The People's Republic of China (P. R. China); Hague Conference on Private International Law; legal assistance; procedural law.

1. ÚVOD

Čínská lidová republika (ČLR) se podílí na přijímání mezinárodních úmluv na půdě Haagské konference mezinárodního práva soukromého od roku 1987. V závěru však doposud ratifikovala pouze 3 procesní úmluvy. Mezi Českou republikou a Čínskou lidovou republikou nebyla uzavřena dvoustranná smlouva o právní pomoci ve věcech občanských a obchodních. Vzhledem k tomu, že je Čína v současné době trhem zahraničních investorů, hlavním centrem mezinárodního obchodu, významným obchodním

partnerem ČR¹ a stále více českých firem obchoduje právě s Čínou², je navýsost vhodné rozebrat mezinárodněprocesní vztahy mezi ČR a ČLR. Nejen pro zahraniční obchodníky z obou zemí může nastat situace, kdy je zapotřebí uznat a vykonat cizí soudní rozhodnutí a dožádat se určitého procesního úkonu ve druhém státě (např. ověření veřejných listin, provedení důkazů, doručení rozhodnutí). Bezespору je pro obchodníky aktuální také otázka uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. Jaké mezinárodní smlouvy jsou tudíž aplikovatelné ve výše zmiňovaných případech? Jaký je právní základ pro uznání a výkon čínských soudních rozhodnutí v ČR, resp. českých soudních rozhodnutí v ČLR? Jaká je praxe doručování veřejných listin do Číny, provedení důkazů v Číně a ověření čínských veřejných listin (tj. *právní pomoc aktivní*)?

Cílem tohoto příspěvku je analyzovat mezinárodněprocesní vztahy mezi ČR a ČLR; vzhledem k zaměření na ČLR zohledníme pouze vztahy k pevninské Číně. Nebudeme se věnovat problematice v kontextu Zvláštní administrativní oblasti ČLR Hongkong a Zvláštní administrativní oblasti ČLR Macao. Čína se řadí ke státům s několika rozdílnými právními systémy. Pevninská Čína, Hongkong a Macao mají svůj vlastní právní systém a jsou odkázány na svou vlastní právní úpravu. To je důsledkem politiky „jedna země, dva systémy“ („one country, two systems“) po návratu Hongkongu a Macaa pod správu Číny v roce 1997, resp. 1999.³

2. APLIKOVATELNÉ MEZINÁRODNÍ SMLOUVY NA PROCESNĚPRÁVNÍ VZTAHY MEZI ČR A ČLR

Smlouva mezi ČR a ČLR o právní pomoci ve věcech občanských a obchodních:⁴ neexistuje žádná taková bilaterální smlouva.

ČLR uzavřela dvoustranné smlouvy o právní pomoci ve věcech občanských a obchodních ze zemí Evropské unie pouze s těmito státy (celkem uzavřela ČLR 32 takových dvoustranných smluv): Francie, Belgie, Itálie, Španělsko,

¹ Zdroj: Český statistický úřad. Zahraniční obchod v roce 2008. Dostupné z: [http://www.czso.cz/csu/2009edicniplan.nsf/t/85003C8052/\\$File/600809k_c.doc](http://www.czso.cz/csu/2009edicniplan.nsf/t/85003C8052/$File/600809k_c.doc) [citováno 5. dubna 2011].

² Nymburský, T.: Světový obchod se přesouvá na východ. S Čínou bude obchodovat stále více českých firem. [online]. Finance.cz, 29. 5. 2010 [citováno 5. dubna 2011]. Dostupné z: <http://www.finance.cz/zpravy/finance/266100-svetovy-obchod-se-presouva-na-vychod-s-cinou-bude-obchodovat-stale-vice-ceskych-firem/>.

³ Huang, Jin – Qian, Xuefend Andrew: “One Country, Two Systems,” Three Law Families, and Four Legal Regions: the Emerging Inter-regional Conflict of Law in China, Duke J. Comp. & Int'l L. 1994-1995, roč. 5, s. 290 a násl. TOMÁŠEK, M.: Dějiny čínského práva, Praha: Academia, 2004, s. 307, 339-340.

⁴ Zdroj: Ministerstvo spravedlnosti ČLR. Dostupné z: http://www.legalinfo.gov.cn/english/Judicial-Assistance/node_7628.htm [citováno 5. dubna 2011].

Bulharsko, Maďarsko – jedná se o smlouvy o právní pomoci ve věcech občanských a obchodních; dále byly uzavřeny smlouvy o právní pomoci ve věcech občanských (obchodních) a trestních s Polskem, Rumunskem, Řeckem, Litvou a Kypr.

Úmluvy sjednané na půdě Haagské konference mezinárodního práva soukromého

V této části poskytujeme přehled mezinárodních úmluv vypracovaných na půdě Haagské konference mezinárodního práva soukromého, k nimž přistoupila Česká republika, Čínská lidová republika, a pro srovnání rovněž uvádíme Hongkong a Macao.

Česká republika je smluvní stranou těchto úmluv:

- *Úmluva o civilním řízení* z roku 1954,
- *Úmluva o uznání a vykonatelnosti rozhodnutí o vyživovací povinnosti k dětem* z roku 1958,
- *Úmluva o zrušení požadavku ověřování cizích veřejných listin* z roku 1961,
- *Úmluva o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních* z roku 1965,
- *Úmluva o uznávání rozvodů a zrušení manželského soužití* z roku 1970,
- *Úmluva o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních* z roku 1970,
- *Úmluva o uznání a výkonu rozhodnutí o vyživovací povinnosti k dětem* z roku 1973,
- *Úmluva o mezinárodní správě dědictví* z roku 1973,
- *Úmluva o mezinárodním přístupu k soudům* z roku 1980,
- *Úmluva o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí* z roku 1980,
- *Úmluva o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení* z roku 1993 a

- *Úmluva o pravomoci orgánů, použitelném právu, uznávání, výkonu a spolupráci ve věcech rodičovské zodpovědnosti a opatření k ochraně dětí z roku 1996.*

Čínská lidová republika je smluvní stranou následujících úmluv (jejich použití ve vztahu k **pevninské Číně, Hongkongu a Macaa**):

- *Úmluva o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních z roku 1965,*
- *Úmluva o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních z roku 1970 a*
- *Úmluva o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení z roku 1993.*

Ve vztahu k **Hongkongu** je přípustné rovněž použití níže jmenovaných úmluv (tyto úmluvy byly původně Velkou Británií rozšířeny na kolonii Hongkong):

- *Úmluva o zrušení požadavku ověřování cizích veřejných listin z roku 1961,*
- *Úmluva o uznávání rozvodů a zrušení manželského soužití z roku 1970 a*
- *Úmluva o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí z roku 1980.*

Ve vztahu k **Macau** je přípustné rovněž použití níže uvedených úmluv (tyto úmluvy byly původně Portugalskem rozšířeny na kolonii Macao):

- *Úmluva o civilním řízení z roku 1954,*
- *Úmluva o uznání a vykonatelnosti rozhodnutí o vyživovací povinnosti k dětem z roku 1958,*
- *Úmluva o zrušení požadavku ověřování cizích veřejných listin z roku 1961 a*
- *Úmluva o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí z roku 1980.*

Rozhodčí řízení

Pokud jde o oblast rozhodčího řízení, jsou ČR a ČLR shodně smluvními stranami *Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů* z roku 1958 a *Washingtonské úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států* z roku 1985.

V případě rozhodčího nálezu vydaného v rozhodčím řízení v Hongkongu a jeho následném uznání a výkonu v ČR se použije Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů z roku 1958 (totéž platí pro Macao). Zvláštností ovšem bude případ, kdy uzavře český obchodník a čínský podnikatel rozhodčí smlouvu, ve které se dohodnou na rozhodčím řízení v Hongkongu (stejná situace v případě Macaa), ale poté se bude jedna strana domáhat uznání a výkonu rozhodčího nálezu před čínským lidovým soudem. Zde nelze použít ustanovení Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. V rámci trendu vzájemné justiční spolupráce – po roce 1997 po navrácení Hongkongu zpět Číně – bylo 21. 6. 1999 přijato *Ujednání o vzájemném uznávání rozhodčích nálezů mezi pevninskou Čínou a Zvláštní administrativní oblastí ČLR Hongkong*.⁵

Právo mezinárodních investic

Zde odkazujeme na *Washingtonskou úmluvu o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států* z roku 1985 a *Dohodu mezi Českou republikou a Čínskou lidovou republikou o podpoře a ochraně investic* (č. 89/2006 Sb.m.s.).⁶

3. UZNÁNÍ A VÝKON CIZÍCH SOUDNÍCH ROZHODNUTÍ

3.1 UZNÁNÍ A VÝKON ČÍNSKÝCH SOUDNÍCH ROZHODNUTÍ V ČR

Vzhledem k tomu, že neexistuje mnohostranná mezinárodní úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodnutí či smlouva o právní pomoci mezi ČR a ČLR, bude se postupovat podle zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním (dále „ZMPS“): cizí rozhodnutí bude uznáno a vykonáno, je-li zaručen **princip vzájemnosti** [§ 64 písm. e) ZMPS⁷].⁸

⁵ *Arrangement concerning Mutual Enforcement of Arbitral Awards between the Mainland and the Hong Kong Special Administrative Region* (Shenzhen, 21.6.1999). Rovněž bylo 30. 10. 2007 přijato *Ujednání o vzájemném uznávání a výkonu rozhodčích nálezů mezi pevninskou Čínou a Zvláštní administrativní oblastí ČLR Macao (Arrangement between Mainland and the Macau Special Administrative Region on Reciprocal Recognition and Enforcement of Arbitral Awards)*.

⁶ Jde-li o dvoustranné smlouvy o podpoře a vzájemné ochraně investic, Čína uzavřela na 120 smluv.

⁷ § 64 písm. e) ZMPS: „Cizí rozhodnutí nelze uznat ani vykonat, jestliže: e) není zaručena vzájemnost; vzájemnost se nevyžaduje, nesměruje-li cizí rozhodnutí proti československému občanu nebo právnické osobě.“

Rovněž v souladu s článkem 265 občanského soudního řádu ČLR⁹ by měla být uznána cizí soudní rozhodnutí v souladu s mezinárodními úmluvami, ke kterým ČLR přistoupila, nebo na základě principu vzájemnosti.

Proces uznání a výkonu cizího rozhodnutí bude probíhat v následujících třech krocích podle ZMPS:

a. **Uznání:** Postupovat se bude podle § 65 ZMPS¹⁰, jde-li o čínské rozhodnutí v majetkových a nemajetkových věcech. Uznání cizího rozhodnutí se nevyslovuje zvláštním výrokem. Cizí rozhodnutí je uznáno tím, že český orgán k němu přihlédne, jako by šlo o rozhodnutí českého orgánu.

b. **Prohlášení vykonatelnosti (exequatur):** Podle § 66 ZMPS¹¹ nařídí český soud výkon cizího rozhodnutí, jsou-li splněny

⁸ Na otázku vzájemnosti ze strany Číny a České republiky jsme se dotázali na mezinárodním odboru civilním Ministerstva spravedlnosti ČR. Bohužel zde s otázkou vzájemnosti k Číně nemají zkušenosti a v posledních několika letech, zejména s ohledem na rozvíjející se obchodní styky s Čínou, nebylo Ministerstvo spravedlnosti ČR ze strany českých soudů požádáno o prověření vzájemnosti ve vztahu k Číně. Nicméně pokud by se vzájemnost ze strany Číny prokázala, může podle § 54 ZMPS ministr spravedlnosti vydat jednostranné prohlášení o vzájemnosti, které je závazné pro soudy i jiné státní orgány. Zavadilová, M. Mez. právní pomoc [online]. Veronika Hradilová. 4. únor 2010 [citováno 9. června 2010].

⁹ *Civil Procedure Law of the People's Republic of China* [Adopted at the Fourth Session of the Seventh National People's Congress on April 9, 1991, promulgated by Order No. 44 of the President of the People's Republic of China on April 9, 1991, and effective as of the date of promulgation; 中华人民共和国民事诉讼法 „Zhonghua Renmin Gongheguo Minshi Susong Fa“; poslední novelizace v roce 2007].

¹⁰ § 65 ZMPS: „Uznání cizího rozhodnutí v majetkových věcech se nevyslovuje zvláštním výrokem. Cizí rozhodnutí je uznáno tím, že československý orgán k němu přihlédne, jako by šlo o rozhodnutí československého orgánu.“

¹¹ § 66 ZMPS: „Za podmínek § 63 a 64 lze cizí rozhodnutí o majetkových právech v Československé socialistické republice vykonat, bude-li nařízen jeho výkon československým soudem; nařízení výkonu je třeba vždy odůvodnit.“

§ 63 ZMPS: „Rozhodnutí justičních orgánů cizího státu ve věcech uvedených v § 1, stejně jako cizí soudní smíry a cizí notářské listiny v těchto věcech (dále jen "cizí rozhodnutí") mají v Československé socialistické republice účinnost, jestliže nabyly podle potvrzení příslušného cizího orgánu právní moc a byla-li uznána československými orgány.“

§ 64 ZMPS: „Cizí rozhodnutí nelze uznat ani vykonat, jestliže: a) uznání brání výlučně pravomoc orgánů československých nebo jestliže by řízení nemohlo být provedeno u žádného orgánu cizího státu, kdyby se ustanovení o příslušnosti československých soudů použila na posouzení pravomoci cizozemského orgánu; b) o témže právním poměru bylo československým orgánem vydáno pravomocné rozhodnutí nebo bylo-li v Československé socialistické republice uznáno pravomocné rozhodnutí orgánu třetího státu; c) účastniku řízení, vůči němuž má být rozhodnutí uznáno, byla odňata postupem cizího orgánu možnost řádně se účastnit řízení, zejména nebylo-li mu doručeno do vlastních rukou předvolání nebo návrh na zahájení řízení, nebo nebyl-li odpůrci návrh na zahájení řízení doručen do vlastních rukou; d) uznání by se přičilo československému veřejnému pořádku; e) není

podmínky v § 63 a 64 ZMPS. Nařízení výkonu cizího rozhodnutí je třeba odůvodnit.

- c. **Výkon rozhodnutí:** Bude realizován podle českého práva, postupovat se bude podle zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu (dále „OSŘ“).

3.2 UZNÁNÍ A VÝKON ČESKÝCH SOUDNÍCH ROZHODNUTÍ V ČLR

Podle **článku 265 občanského soudního řádu ČLR** jsou uznávána cizí soudní rozhodnutí v souladu s *mezinárodními smlouvami*, ke kterým ČLR přistoupila, nebo na základě *principu vzájemnosti*. Podle **článku 266 občanského soudního řádu ČLR** lidový soud uzná cizí rozhodnutí, pokud *není v rozporu se základními principy čínského práva a nepříčí se státnímu a společenskému zřízení a veřejnému pořádku ČLR*. Čínský zákon nerozlišuje uznání a výkon cizího rozhodnutí v majetkových a nemajetkových věcech.

Na tomto místě neopomeneme zmínit ustanovení článku 264 občanského soudního řádu ČLR. V souladu s tímto ustanovením strana, která žádá o výkon pravomocného rozhodnutí lidového soudu proti straně nebo majetku, který se nachází v zahraničí, podá návrh na uznání a výkon takového rozhodnutí u zahraničního soudu, jenž je příslušný k projednání dané věci, nebo lidový soud může sám požádat o uznání a výkon rozhodnutí u zahraničního soudu v souladu s příslušným ustanovením mezinárodní smlouvy, jejíž smluvním státem je Čína, nebo na základě vzájemnosti.

4. PRÁVNÍ POMOC VE STYKU S ČLR

Exkurs do čínského procesního práva

Žádá-li český soud o poskytnutí právní pomoci, bude čínský lidový soud postupovat podle čínského práva. Podle **článku 260 odst. 1 občanského soudního řádu ČLR** bude právní pomoc poskytnuta na základě *mezinárodní smlouvy*, nebo *principu vzájemnosti*. Právní pomoc lze podle **článku 260 odst. 2 občanského soudního řádu ČLR** *odepřít, ohrozila-li by suverenitu, bezpečnost¹² nebo společenský zájem a veřejný pořádek Číny*.

zaručena vzájemnost; vzájemnost se nevyžaduje, nesměřuje-li cizí rozhodnutí proti československému občanu nebo právnické osobě.“

¹² Zde se promítá ustanovení článku 13 odst. 1 Úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních (1965): „*Dožadovaný stát může odepřít vyřízení žádosti o doručení, která odpovídá ustanovením této úmluvy, pouze má-li za to, že vyřízením žádosti by byla dotčena jeho svrchovanost nebo bezpečnost.*“ A článku 12 odst. 1 Úmluvy o provádění důkazů v cizině ve věcech

Vzhledem k tomu, že ČR a ČLR jsou smluvními státy *Úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních* (1965), bude se postupovat v souladu s jejími ustanovení; jinak je potřeba provést doručení diplomatickou cestou (článek 261 odst. 1 občanského soudního řádu ČLR).

V souladu s článkem 261 odst. 2 občanského soudního řádu ČLR může zahraniční velvyslanectví nebo konzulární úřad v ČLR provést doručení písemností a dožádání nebo pověření k provedení důkazů pro své státní příslušníky, pokud to není v rozporu se zákony ČLR a není potřeba přijmout přechodná opatření. Žádná jiná zahraniční organizace nebo fyzická osoba není oprávněna bez souhlasu příslušných orgánů ČLR doručovat písemnosti nebo provádět důkazy na území ČLR (článek 261 odst. 3 občanského soudního řádu ČLR).

Podle článku 262 odst. 1 občanského soudního řádu ČLR se žádost o právní pomoc a její přílohy v případě dožádání o pomoc čínskému justičnímu orgánu opatří překladem do čínského jazyka, nebo jakéhokoliv jiného jazyka ujednaného v příslušné mezinárodní smlouvě. Odstavec 2 téhož článku promítá tutéž úpravu pro případ, kdy lidový soud žádá o právní pomoc do zahraničí: zde je zapotřebí zajistit překlad do úředního jazyka dožádaného státu, nebo jazyka ujednaného v mezinárodní smlouvě.

Závěrem pro český justiční orgán je zajistit překlad žádosti o právní pomoc a její přílohy do čínského jazyka. Na tomto místě by bylo navýsost aktuální ujednat v případné smlouvě o právní pomoci mezi ČR a ČLR vedle úředního jazyka dožádaného státu soudu rovněž možnost anglického jazyka.¹³

Žádaná právní pomoc se poskytuje podle čínských předpisů. Na žádost cizího soudu lze postupovat i jinak, není-li žádaný postup v rozporu s čínským právem (článek 263 občanského soudního řádu ČLR).

4.1 PRÁVNÍ POMOC AKTIVNÍ

V řízení před českým soudem může nastat situace, kdy je zapotřebí vykonat v Číně určitý procesní úkon (např. ověření veřejných listin, provedení důkazů, doručení rozhodnutí apod.). Mezi ČR a ČLR je uzavřena

občanských a obchodních (1970): „**Výkon dožádání může být odmítnut pouze tehdy, jestliže a) výkon v dožádaném státě nepatří do pravomoci justičních orgánů nebo b) dožádaný stát dojde k závěru, že vzhledem k povaze výkonu dožádání by byla dotčena jeho svrchovanost nebo bezpečnost.**”

¹³ Bilaterální smlouva mezi ČLR a dalším smluvním státem Haagské konference ohledně použití jazyků se připouští. Viz Haagská konference mezinárodního práva soukromého: http://www.hcch.net/index_en.php?act=authorities.details&aid=243 [citováno 5. dubna 2011].

Konzulární úmluva mezi ČSSR a ČLR z roku 1989 (vyhláška Ministerstva zahraničních věcí č. 97/1989 Sb.). Článek 23 této úmluvy se zmiňuje o doručování písemností a dožádání nebo pověření k provedení důkazů konzulárním úředníkem ve státě přijímajícího státu. Doručování písemností a vyřizování dožádání by mělo být realizováno v souladu s existujícími mezinárodními dohodami, v případě jejich neexistence jiným způsobem, jenž je v souladu se zákony a právními předpisy přijímajícího státu (*princip vzájemnosti*).

V případě doručování veřejných listin do ČLR se postupuje podle **Úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních** (1965), jehož smluvním státem je ČR a ČLR. Rovněž v případě provádění důkazů se postupuje podle **Úmluvy o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních** (1970).

4.1.1 DORUČOVÁNÍ DO ČÍNY

Doručení do Číny cizímu subjektu

Doručení do Číny cizímu subjektu bude probíhat podle *Haagské úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních* (1965), zároveň se český justiční orgán bude rovněž řídit § 22 *Instrukce Ministerstva spravedlnosti ze dne 11. června 2010, č. j. 59/2010-MOC-J, kterou se upravuje postup justičních orgánů ve styku s cizinou ve věcech občanskoprávních a obchodněprávních* (dále „Instrukce“).

Dožadující justiční orgán ČR vyplní dvojmo tiskopis „*Žádost o doručení soudní nebo mimosoudní písemnosti v cizině*“ podle Vzoru 3 Instrukce a opatří jej otiskem kulatého úředního razítka a podpisem soudce. Dále vyplní dvojmo tiskopis „*Základní údaje o písemnosti*“ podle Vzoru 3 Instrukce. Tiskopis „*Osvědčení*“ (Vzor 3 Instrukce), který je součástí vzoru žádosti ponechá nevyplněný.¹⁴

Formuláře se vyplňují v úředním jazyku dožádaného státu, tj. v čínském jazyce.¹⁵ Písemnosti vyhotoví dožadující justiční orgán dvojmo a připojí k nim jejich ověřený překlad do úředního jazyka dožádaného státu, tj.

¹⁴ § 22 odst. 2 Instrukce Ministerstva spravedlnosti ze dne 11. června 2010, č. j. 59/2010-MOC-J, kterou se upravuje postup justičních orgánů ve styku s cizinou ve věcech občanskoprávních a obchodněprávních. Tyto formuláře žádosti a osvědčení také nalezneme v příloze vyhlášky ministra zahraničních věcí č. 85/1982 Sb., o Úmluvě o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních.

¹⁵ Článek 5, 7 Úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních (1965); § 22 odst. 3 Instrukce.

čínského jazyka.¹⁶ Dožádání i s přílohami pak dožadující justiční orgán zašle prostřednictvím Ministerstva spravedlnosti ČR **čínskému ústřednímu orgánu** ve dvojím vyhotovení.¹⁷ V ČLR je tímto orgánem podle přílohy 1 Instrukce *Bureau of International Judicial Assistance and Cooperation, Department Ministry of Justice*.^{18 19}

Po vyřízení dožádání obdrží dožadující justiční orgán přímo od dožádaného cizího orgánu vyplněný a potvrzený tiskopis „Osvědčení“ spolu s jedním vyhotovením doručované písemnosti jako doklad o doručení písemnosti.²⁰

Poznámka: V souladu s článkem 10 a) Úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních je dána možnost doručení osobám v cizině **přímo poštou**. Nicméně **Čínská lidová republika učinila k tomuto výhradu, rovněž tak Česká republika, proto není navzájem přípustné zasílat písemnosti přímo poštou** (§ 23, příloha č. 6 Instrukce).

Doručení do Číny českému subjektu

Doručení bude realizováno prostřednictvím Ministerstva zahraničních věcí ČR přes **zastupitelský úřad ČR v zahraničí**. Podle § 59 odst. 1 ZMPS „provádí český zastupitelský orgán nebo konzulární orgán na dožádání českého justičního orgánu doručení ve státě, kde vykonává působnost, je-li to přípustné podle mezinárodních smluv nebo jiných pravidel mezinárodního práva anebo nebrání-li tomu předpisy státu, kde úkon má být proveden; rovněž provádí doručení českým občanům ve státě, kteří tam požívají diplomatických výsad a imunit, a jejich výsledků jako svědků, znalců nebo účastníků řízení; dále na základě zmocnění ministerstva zahraničních věcí provádí výsledky svědků, znalců a účastníků řízení, a jiné procesní

¹⁶ § 22 odst. 4 a příloha č. 1 Instrukce. Pro veškeré dokumenty je přípustná pouze čínština nebo jejich ověřený překlad do čínštiny. Viz Haagská konference mezinárodního práva soukromého: http://www.hcch.net/index_en.php?act=authorities.details&aid=243 [citováno 5. dubna 2011].

¹⁷ Článek 2-6 Úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních; § 22 odst. 5 Instrukce.

¹⁸ Bureau of International Judicial Assistance and Cooperation, Department Ministry of Justice. 10, Chaoyangmen Nandajie, Chaoyang District, Beijing, P.C. 100020, People's Republic of China.

¹⁹ Viz Haagská konference mezinárodního práva soukromého: http://www.hcch.net/index_en.php?act=authorities.details&aid=243 [citováno 5. dubna 2011]. Zde jsme zaznamenali, že Ministerstvo spravedlnosti ČR neuvádí doslovný název čínského orgánu poskytnutého čínskou stranou: *Ministry of Justice, Department of Judicial Assistance and Foreign Affairs, Division of Judicial Assistance*.

²⁰ Článek 6 Úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních; § 22 odst. 8 Instrukce.

úkony, dostaví-li se tyto osoby dobrovolně a nebrání-li tomu předpisy platné ve státě, kde má být úkon proveden“.

Podle § 25 odst. 1 Instrukce lze občanům ČR v cizině doručovat písemnosti prostřednictvím zastupitelského úřadu ČR v příslušném cizím státu.²¹ Dožádání zastupitelskému úřadu ČR o doručení se vyhotoví podle vzoru č. 5 v příloze Instrukce. Danou působnost vykonává na území ČLR **Velvyslanectví ČR v Pekingu**, nebo **Generální konzulát ČR v Šanghaji**.²²

V případě doručení českému subjektu do Číny se provede doručení zastupitelskému úřadu ČR v Číně **prostřednictvím Ministerstva zahraničních věcí ČR**, nebo se justiční orgán stýká **přímo se zastupitelskými úřady ČR v zahraničí bez dalšího zprostředkovatele**, popř. lze **využít faxu či elektronické pošty za podmínky, že není nutné garantovat bezpečnost doručení zprávy, kontrolu její integrity a věrohodnost jejích dalšího využití, a zároveň to je v konkrétním případě považováno za vhodné**.²³

Pokud není možné doručení podle § 59 ZMPS, provede se doručení českému subjektu podle Haagské úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních a bude se postupovat podobně jako v případě doručení písemnosti cizímu subjektu.

4.1.2 PROVÁDĚNÍ DŮKAZŮ V ČÍNĚ

Provádění důkazů v Číně bude probíhat v režimu *Úmluvy o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních* (1970) a český justiční orgán bude rovněž postupovat podle § 27 *Instrukce Ministerstva spravedlnosti ze dne 11. června 2010, č. j. 59/2010-MOC-J, kterou se*

²¹ Článek 8 Úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních.

²² § 25 odst. 1 Instrukce odkazuje na webové stránky Ministerstva zahraničních věcí ČR: http://www.mzv.cz/jnp/cz/encyklopedie_statu/asie/cina/kontaktني_cesky_urad/index.html [citováno 5. dubna 2011].

Teritoriální působnost Velvyslanectví ČR v Pekingu pokrývá 19 provincií (Hebei, Shanxi, Liaoning, Jilin, Heilongjiang, Shaanxi, Gansu, Qinghai, Shandong, Jiangxi, Fujian, Henan, Hubei, Hunan, Guangdong, Sichuan, Guizhou, Yunnan, Hainan), 5 autonomních oblastí (Vnitřní Mongolsko, Ningxia, Xinjiang, Guangxi, Tibet) a 3 samosprávná města (Peking, Tianjin, Chongqing). Generální konzulát v Šanghaji má svou teritoriální působnost omezenou na město Šanghaj, provincie Jiangsu, Zhejiang a Anhui. Speciální administrativní oblasti ČLR Hongkong a Macao spadají do působnosti Generálního konzulátu České republiky v Hongkongu. Zdroj: Velvyslanectví České republiky v Pekingu. Dostupné z: http://www.mzv.cz/beijing/cz/konzularni_informace/konzularni_usek/index.html [citováno 5. dubna 2010].

²³ § 5 odst. 1 Instrukce.

upravuje postup justičních orgánů ve styku s cizinou ve věcech občanskoprávních a obchodněprávních.

Požaduje-li český soud provedení důkazu nebo jiného procesního úkonu v ČLR, vyhotoví dožádání²⁴ podle vzoru č. 4 Instrukce („*Dožádání o poskytnutí mezinárodní právní pomoci podle Úmluvy o provádění důkazů cizině ve věcech občanských a obchodních z 18. března 1970*“). K dožádání musí být předložen překlad do úředního jazyka dožádaného státu, tj. čínského jazyka.²⁵ Dožádání zašle český soud prostřednictvím Ministerstva spravedlnosti ČR příslušnému čínskému ústřednímu orgánu²⁶ uvedeného v příloze č. 2 Instrukce, kterým je *Department of International Judicial Assistance, Ministry of Justice of the People's Republic of China*.²⁷

Vyřízení dožádání²⁸ obdrží dožadující český soud prostřednictvím Ministerstva spravedlnosti ČR nebo Ministerstva zahraničních věcí ČR.²⁹

Jde-li o dožádání Ministerstva zahraničních věcí ČR o provedení důkazů u českého občana v ČLR, vyřídí podle článku 15 odst. 1 Úmluvy o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních český zastupitelský úřad v Číně dožádání sám, bez toho aniž by potřeboval souhlas čínského orgánu. Tento postup rovněž odpovídá ustanovení **článku 261 odst. 2 občanského soudního řádu ČLR**: zahraniční velvyslanectví nebo konzulární úřad v ČLR může provést doručení písemností a dožádání nebo pověření k provedení důkazů u svých státních příslušníků, není-li to v rozporu se zákony ČLR a není-li za potření přijmout přechodná opatření. Obdobně také § 59 odst. 1 písm. c) ZMPS.³⁰

²⁴ Článek 1, 3 Úmluvy o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních (1970); § 27 odst. 1 Instrukce.

²⁵ Článek 4 Úmluvy o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních; § 27 odst. 2 Instrukce.

²⁶ Článek 2 Úmluvy o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních; § 27 odst. 3 Instrukce.

²⁷ Zde doslovně převzato ze sdělení čínské strany. Viz Haagská konference mezinárodního práva soukromého: http://www.hcch.net/index_en.php?act=authorities.details&aid=490 [citováno 5. dubna 2011]. Jedná se o totožný odbor (referát) na Ministerstvu spravedlnosti ČLR jako v případě doručování písemností.

²⁸ Článek 13 odst. 1 Úmluvy o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních.

²⁹ § 27 odst. 6 Instrukce.

³⁰ § 59 odst. 1 písm. c) ZMPS: „(1) Na dožádání československého justičního orgánu provádí československý zastupitelský nebo konzulární orgán: c) na základě zmocnění ministerstva zahraničních věcí výslech svědků, znalců a účastníků řízení, jakož i jiné úkony procesní, dostaví-li se tyto osoby dobrovolně a nebrání-li tomu předpisy platné ve státě, kde úkon má být proveden.“

4.2 PRÁVNÍ POMOC PASIVNÍ

Pasivní právní pomoc spočívá v tom, že čínský justiční orgán se dožádá právní pomoci českého justičního orgánu (doručení čínské písemnosti do ČR, provedení důkazu v ČR apod.). Právní pomoc se poskytuje na základě existující mezinárodní smlouvy, nebo na základě vzájemnosti (§ 56 ZMPS). V souladu s **§ 56 ZMPS** český soud **odepře právní pomoc** za předpokladu, že *dožadovaný úkon nespadá do pravomoci českých justičních orgánů*, nebo dožadovaný úkon je *v rozporu s českým veřejným pořádkem*. Obdobně jako v občanském soudním řádu ČLR upravuje ZMPS použití českých procesních předpisů na žádanou právní pomoc (**§ 57 odst. 1 ZMPS**); *pouze na žádost čínského orgánu lze postupovat podle čínského procesního předpisu*, ovšem za podmínky, že takový postup *není v rozporu s českým veřejným pořádkem*.

Na právní pomoc pasivní se vztahuje použití mezinárodních úmluv, kterými je vázána ČR a ČLR: *Haagská úmluva o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních* (1965)³¹ a *Úmluva o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních* (1970).³²

Dožádání čínského justičního orgánu bude podle **Úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních** adresováno k doručení příslušnému českému justičnímu orgánu a bude zasláno přes ústřední orgán, který je pověřen přijímat žádosti o doručení, tj. Ministerstvo spravedlnosti ČR.³³ V případě, že je příslušným jiný orgán, než který je uveden v dožádání, postoupí jej takový orgán příslušnému orgánu a informuje o této skutečnosti dožadující čínský orgán.³⁴ Dožádání bude provedeno podle platných českých procesních norem v souladu s ustanovením článku 9 odst. 1 Úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních (§ 32 odst. 1 Instrukce).

Čínská písemnost musí být opatřena ověřeným překladem do českého jazyka podle přílohy č. 1 Instrukce³⁵, kde je uveden český jazyk jako jazyk písemnosti pro „*Žádost o doručení soudní nebo mimosoudní písemnosti*“

³¹ Český justiční orgán přihlédne rovněž k ustanovení § 32 a 33 Instrukce Ministerstva spravedlnosti ze dne 11. června 2010, č. j. 59/2010-MOC-J, kterou se upravuje postup justičních orgánů ve styku s cizinou ve věcech občanskoprávních a obchodněprávních.

³² Viz dále ustanovení § 32 a 34 Instrukce.

³³ § 33, příloha č. 1 Instrukce.

³⁴ Článek 6 Úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních; § 32 odst. 2 Instrukce [pro srovnání rovněž § 56 a) ZMPS].

³⁵ Seznam vybraných ústředních orgánů podle čl. 2 odst. 1 (čl. 18) Úmluvy o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních.

v cizině“ a „Základní údaje o písemnosti“ podle Vzoru 3 Instrukce. Není-li připojen překlad do českého jazyka, příjemce má být poučen o tom, že může převzetí takové písemnosti odmítnout, ale současně ho poučit s tím, jaké právní následky může odmítnutí mít v cizině podle § 58 ZMPS (§ 32 odst. 4 Instrukce). Podle § 58 ZMPS bude rovněž postačující překlad do slovenského jazyka.

Doručení písemnosti provádí určený český justiční orgán, který doručení dvojmo osvědčí v českém jazyce na tiskopisu „Osvědčení“, který je na rubu tiskopisu žádosti o doručení.³⁶ Následně bude tento tiskopis o doručení písemnosti a kopie doručované písemnosti zaslána přes Ministerstvo spravedlnosti ČLR čínskému žadateli.³⁷

V případě dožádání čínského justičního orgánu o provedení důkazu či jiného právního úkonu v ČR podle **Úmluvy o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních** sepíše český dožádaný justiční orgán vyřízení o daném úkonu v českém jazyce dvojmo. Jeden formulář poté zašle prostřednictvím Ministerstva spravedlnosti ČR čínskému ústřednímu orgánu, tj. Ministerstvu spravedlnosti ČLR.³⁸

4.3 VYŠŠÍ OVĚŘENÍ LISTIN (SUPERLEGALIZACE)

4.3.1 ČÍNSKÁ VEŘEJNÁ LISTINA

ČLR není smluvním státem **Úmluvy o zrušení požadavku ověřování cizích veřejných listin** (1961), proto nebude možno podle článku 4 Úmluvy využít tzv. apostilační doložky. Tímto by jediným úkonem byla potvrzena pravost veřejné listiny příslušným úřadem státu, kde byla listina vydána (ČR je smluvní stranou zmiňované Haagské úmluvy o zrušení požadavku ověřování cizích veřejných; apostilační doložkou opatřuje veřejnou listinu pro listiny vydávané justičními orgány a listiny vydávané nebo ověřované notáři *mezinárodní odbor Ministerstva spravedlnosti ČR*, pro ostatní listiny *referát legalizace konzulárního odboru Ministerstva zahraničních věcí ČR*).

Čínská veřejná listina, která má být použita v ČR, musí být opatřena vyšším ověřením. Taková veřejná listina bude ověřena **konzulárním odborem Ministerstva zahraničních věcí ČLR**. Následně je takový dokument postoupen **Velvyslanectví ČR v Pekingu**, který rovněž připojí superlegalizační razítko.³⁹

³⁶ § 33 odst. 2 Instrukce.

³⁷ § 33 odst. 3 Instrukce.

³⁸ § 34 Instrukce.

³⁹ Zdroj: Velvyslanectví ČR v Pekingu. Dostupné z: http://www.mzv.cz/beijing/cz/konzularni_informace/overovani_dokumentu.html [citováno 5. dubna 2011].

4.3.2 ČESKÁ VEŘEJNÁ LISTINA

Bude-li česká veřejná listina použita v ČLR, je zapotřebí vyšší ověření od **mezinárodního odboru Ministerstva spravedlnosti ČR**, dále bude zapotřebí vyšší ověření **referátu legalizace konzulárního odboru Ministerstva zahraničních věcí ČR** a poté **Konzulárního oddělení Velvyslanectví Čínské lidové republiky v Praze**.⁴⁰

5. ZÁVĚR

Vzhledem k tomu, že se Čína řadí k významným obchodním partnerům České republiky, je aktuální ujednat dvoustrannou smlouvu o právní pomoci ve věcech občanských a obchodních. Pevninská Čína se podílí na přijetí mezinárodních procesních úmluv na půdě Haagské konference mezinárodního práva soukromého, nicméně ratifikovala pouze 3 úmluvy: *Úmluvu o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních* (1965), *Úmluvu o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních* (1970) a *Úmluvu o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení* (1993).

Do budoucna lze očekávat, že pevninská Čína přistoupí k dalším Haagským úmluvám a tento impuls může být zdůvodněn tím, že zvláštní administrativní oblasti ČLR Hongkong a Macao jsou vázány i *dalšími Haagskými úmluvami*. Proto by ČLR mohla mít zájem sjednotit přístup k těmto úmluvám v rámci celé Číny. Na druhé straně se zde může rovněž projevit „trend velmocí“ jako jsou USA, které se příliš nehrnou být vázány unifikačními úmluvami vypracovanými na půdě Haagské konference.⁴¹

Literature:

- Český statistický úřad. Zahraniční obchod v roce 2008. Dostupné z: [http://www.czso.cz/csu/2009edicniplan.nsf/t/85003C8052/\\$File/600809k_c.doc](http://www.czso.cz/csu/2009edicniplan.nsf/t/85003C8052/$File/600809k_c.doc) [citováno 5. dubna 2011].
- Haagská konference mezinárodního práva soukromého: <http://www.hcch.net/> [citováno 5. dubna 2011].

⁴⁰ Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé, 6. vydání. Brno: Doplněk, 2004, s. 405. Dále Velvyslanectví ČLR v Praze. Dostupné z: <http://www.chinaembassy.cz/cze/lsyw/t517703.htm> [citováno 5. dubna 2011].

⁴¹ Vzhledem k tomu, že se USA účastní tvorby mezinárodních úmluv na půdě Haagské konference mezinárodního práva soukromého od roku 1964, tak je pro ně závazných pouze pět úmluv: *Úmluva o zrušení požadavku ověřování cizích veřejných listin* z roku 1961, *Úmluva o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních* z roku 1965, *Úmluva o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních* z roku 1970, *Úmluva o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí* z roku 1980 a *Úmluva o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení* z roku 1993.

- Huang, Jin – Qian, Xuefeng Andrew: “One Country, Two Systems,” Three Law Families, and Four Legal Regions: the Emerging Inter-regional Conflict of Law in China, *Duke J. Comp. & Int’l L.* 1994-1995, roč. 5, s. 290 a násl.
- Kučera, Z.: *Mezinárodní právo soukromé*, 6. vydání, Brno: Doplněk, 2004.
- Ministerstvo spravedlnosti ČLR. Dostupné z: http://www.legalinfo.gov.cn/english/Judicial-Assistance/node_7628.htm [citováno 5. dubna 2011].
- Ministerstvo zahraničních věcí ČR: http://www.mzv.cz/jnp/cz/encyklopedie_statu/asie/cina/kontakti_cesky_urad/index.html [citováno 5. dubna 2011].
- Nymburský, T.: Světový obchod se přesouvá na východ. S Čínou bude obchodovat stále více českých firem. [online]. *Finance.cz*, 29. 5. 2010 [citováno 5. dubna 2011]. Dostupné z: <http://www.finance.cz/zpravy/finance/266100-svetovy-obchod-se-presouva-na-vychod-s-cinou-bude-obchodovat-stale-vice-ceskych-firem/>.
- Tomášek, M.: *Dějiny čínského práva*, Praha: Academica, 2004.
- Velvyslanectví České republiky v Pekingu. Dostupné z: http://www.mzv.cz/beijing/cz/konzularni_informace/konzularni_usek/index.html [citováno 5. dubna 2010].
- Velvyslanectví ČLR v Praze. Dostupné z: <http://www.chinaembassy.cz/cze/lsw/t517703.htm> [citováno 5. dubna 2011].
- Civil Procedure Law of the People’s Republic of China [Adopted at the Fourth Session of the Seventh National People’s Congress on April 9, 1991, promulgated by Order No. 44 of the President of the People’s Republic of China on April 9, 1991, and effective as of the date of promulgation;

中华人民共和国民事诉讼法 „Zhonghua Renmin Gongheguo Minshi Susong Fa“].

- Instrukce Ministerstva spravedlnosti ze dne 11. června 2010, č. j. 59/2010-MOC-J, kterou se upravuje postup justičních orgánů ve styku s cizinou ve věcech občanskoprávních a obchodněprávních.
- Úmluva o doručování soudních a mimosoudních písemností v cizině ve věcech občanských a obchodních (1965).
- Úmluva o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních (1970).
- Úmluva o zrušení požadavku ověřování cizích veřejných listin (1961).
- Zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním.

Contact – email

61167@mail.muni.cz

PRÁVNÍ ZÁKLAD ZŘÍZENÍ ZVLÁŠTNÍHO TRIBUNÁLU PRO LIBANON

LINDA JANKŮ

Právnická fakulta MU, Katedra mezinárodního a evropského práva, ČR

Abstract in original language

Tématem příspěvku je zamyšlení nad právním základem zřízení Zvláštního tribunálu pro Libanon. Přestože tento tribunál v sobě spojuje mnohé znaky již dříve zřízených mezinárodních i tzv. hybridních tribunálů, některé aspekty jsou rovněž zcela nové a bezprecedentní. Mezi ně patří i způsob, jakým byl tribunál zřízen. Příspěvek se zaměřuje na vymezení právního základu zřízení tribunálu a na rozbor jeho dvou možných interpretací.

Key words in original language

Zvláštní tribunál pro Libanon, opatření Rady bezpečnosti OSN podle kapitoly VII Charty OSN, vstup mezinárodní smlouvy v platnost

Abstract

The aim of this contribution is to provide a reflection on the legal basis of establishment of the Special tribunal for Lebanon. Although this tribunal combines a lot of characteristics of the previously established international and hybrid tribunals, some of its aspects are also completely new and unprecedented. One of these aspects is also the manner in which the Tribunal was established. This contribution specifies the legal basis of the establishment of the Tribunal and examines its two possible interpretations.

Key words

Special Tribunal for Lebanon, measures of the UN Security Council under Chapter VII of the UN Charter, entry of international treaties into force

1. ÚVOD

Příspěvek se zabývá otázkou právní povahy zřízení nejmladšího ad hoc mezinárodního trestního tribunálu, Zvláštního tribunálu pro Libanon. Přestože tento tribunál v sobě spojuje mnohé znaky již dříve zřízených mezinárodních i tzv. hybridních tribunálů, některé aspekty jsou rovněž zcela nové a bezprecedentní. Mezi ně patří i způsob, jakým byl tribunál zřízen. Otázka právní povahy vzniku tribunálu a legality jeho založení, která je tématem tohoto příspěvku, se stala předmětem odborné debaty a nese s sebou řadu teoretických mezinárodněprávních otázek, stejně jako praktické implikace pro efektivitu a reálné fungování tribunálu.

Po vymezení právního základu zřízení tribunálu se následně v příspěvku zaměřuji na rozbor jeho dvou možných interpretací a uvádím vlastní závěry k dané problematice.

2. VYMEZENÍ PRÁVNÍHO ZÁKLADU ZŘÍZENÍ ZVLÁŠTNÍHO TRIBUNÁLU PRO LIBANON

Dne 30. května 2007 byla přijata rezoluce Rady bezpečnosti č. 1757¹, ve které je stanoveno, že Rada bezpečnosti jednající na základě Kapitoly VII Charty OSN rozhodla, že „ustanovení připojeného dokumentu, včetně jeho přílohy, o ustavení Zvláštního tribunálu pro Libanon vstoupí v platnost 10. července 2007, pokud vláda Libanonu do toho dne nedodá oznámení dle čl. 19 (1) připojeného dokumentu“². Připojený dokument, o němž rezoluce hovoří, je Dohoda mezi OSN a Libanonskou republikou o zřízení Zvláštního tribunálu pro Libanon³, jejíž přílohou je Statut Zvláštního tribunálu pro Libanon. Dohoda byla zástupci obou smluvních stran podepsána na počátku roku 2007⁴.

Její čl. 19, který se týká vstupu smlouvy v platnost, v odstavci 1 stanovil, že „smlouva vstoupí v platnost den poté, kdy vláda [Libanonské republiky] písemně oznámí OSN, že byly splněny právní podmínky pro vstup v platnost.“⁵ Tyto právní podmínky přitom vymezuje čl. 52 libanonské ústavy, který upravuje otázku sjednávání mezinárodních smluv a stanoví, že „smlouvy týkající se státních financí, obchodní smlouvy a obecně smlouvy, od nichž nelze každý rok odstoupit, nejsou ratifikovány, dokud je neschválí Sněmovna.“⁶ Smlouva o zřízení zvláštního tribunálu pro Libanon pod toto ustanovení nepochybně spadá (její čl. 5 stanoví, že Libanon ponese 49% nákladů fungování tribunálu, čímž se smlouva dotýká státních financí a její ratifikace tedy podléhá schválení parlamentem).

¹ UN Doc. S/RES/1757 (2007).

² „The provisions of the annexed document, including its attachment, on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon shall enter into force on 10 June 2007, unless the Government of Lebanon has provided notification under Article 19 (1) of the annexed document before that date“. Viz S/RES/1757 (2007), §1(a).

³ Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic on the Establishment of a Special Tribunal for Lebanon.

⁴ Zástupce libanonské vlády Dohodu podepsal 23. ledna 2007 a zástupce OSN 6. února 2007.

⁵ „This Agreement shall enter into force on the day after the Government has notified the United Nations in writing that the legal requirements for entry into force have been complied with.“

⁶ Z anglického překladu libanonské ústavy: „treaties involving the finances of the state, commercial treaties, and in general treaties that cannot be renounced every year are not considered ratified until they have been approved by the Chamber“. Anglický překlad ústavy dostupný na *Libanon Index* [online]. [cit. 20-01-2011]. Dostupné z: http://www.servat.unibe.ch/icl/le__indx.html

3. ROZBOR MEZINÁRODNĚPRÁVNÍCH IMPLIKACÍ REZOLUCE Č. 1757 (2007)

Zásadní otázkou, která z výše vymezeného znění rezoluce a souvisejících okolností vyplývá, je, zda lze ustanovení rezoluce o vstupu přiložené Dohody v platnost interpretovat tak, že ustanovení Dohody vstoupila v platnost jako ustanovení mezinárodní smlouvy, nebo zda se stala platnými jako součást textu rezoluce Rady bezpečnosti přijaté na základě Kapitoly VII Charty OSN.

Odpověď na tuto otázku ze strany odborníků na mezinárodní právo přitom není jednotná. Zatímco například B. Fassbender⁷ dospívá k závěru, že ustanovení dohody je nutno chápat jako integrální součást rezoluce č. 1757 a Zvláštní tribunál pro Libanon tedy nemá právní základ v mezinárodní smlouvě, ale přímo v rezoluci Rady bezpečnosti, G. Serra⁸ či A. Cassese⁹, který je zároveň předsedou tribunálu, se naopak domnívají, že právním základem zřízení tribunálu je mezinárodní smlouva. Z českých odborníků lze zmínit např. P. Šturmu, který ke způsobu vzniku tribunálu uvádí, že jej lze považovat za „zcela originální, protože kombinuje dva právní nástroje, tj. mezinárodní smlouvu a právně závaznou rezoluci Rady bezpečnosti. Přitom každý z těchto právních aktů (jak dohoda, tak rezoluce) by sám o sobě stačil ke zřízení mezinárodního tribunálu. Dosud existující tribunály ostatně vznikly vždy jedním z těchto způsobů.“¹⁰

Je tedy zřejmé, že vzniklá situace, resp. znění rezoluce Rady bezpečnosti č. 1757, která hovoří o Dohodě výhradně jako o „připojeném dokumentu“ a nechává tedy otázku právní povahy tohoto dokumentu otevřenou, připouští přinejmenším dva možné výklady. Existují důvody, pro něž se lze domnívat, že rezoluce vyvolala vstup ustanovení Dohody v platnost jako mezinárodní smlouvy (tedy, že rezoluce nahradila chybějící ratifikaci ze strany Libanonu). Stejně tak lze nalézt argumenty i pro výklad, podle něhož je nutno „přiložený dokument“ chápat jako integrální součást rezoluce, který tedy nemá povahu mezinárodní smlouvy. V dalším textu budou oba tyto možné výklady podrobněji rozebrány.

⁷ Fassbender, B.: *Reflections on the International Legality of the Special Tribunal for Lebanon*. In *Journal of International Criminal Justice*, No. 5 (2007), s. 1091-1105.

⁸ Serra, G.: *Special Tribunal for Lebanon: A Commentary on its Major Legal Aspects*. In *International Criminal Justice Review*, Vol. 18, No. 3 (September 2008).

⁹ *Lebanon: Chief Judge Makes Controversial Statement on Legality of Special Tribunal for Lebanon* [online]. Library of Congress, 18. 11. 2010 [cit. 20-01-2011]. Dostupné z: http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_l205402359_text

¹⁰ Viz Šturma, P.: *První mezinárodní trestní tribunál pro stíhání teroristických útoků? Ke zřízení Zvláštního tribunálu pro Libanon*. In *Trestněprávní revue* 10/2007, s. 273.

4. PRÁVNÍM ZÁKLADEM ZŘÍZENÍ TRIBUNÁLU JE MEZINÁRODNÍ SMLOUVA

Pro skutečnost, že Rada bezpečnosti měla v úmyslu svou rezolucí vyvolat vstup v platnost Dohody o zřízení Zvláštního tribunálu pro Libanon jako mezinárodní smlouvy, svědčí několik skutečností.

Jak upozorňuje B. Fassender¹¹, rezoluce používá formulaci typickou pro mezinárodní smluvní právo, když stanoví, že „ustanovení (...) vstoupí v platnost 10. července 2007“. Přestože sice rezoluce o Dohodě nehovoří jako o mezinárodní smlouvě, ale výhradně jako o „připojeném dokumentu“ (což lze chápat jako argument pro druhou z obou výše uvedených interpretací), je zde patrný rozdíl oproti znění rezolucí, kterými byly zřízeny Mezinárodní trestní tribunál pro bývalou Jugoslávii (ICTY) a pro Rwandu (ICTR). V obou těchto rezolucích je přímo obsažena formulace, že je tímto rozhodnutím Rady bezpečnosti tribunál zřízen, je zde vymezena jeho působnost a přiložen jeho Statut¹². Pokud tedy Rada měla záměr založit Zvláštní tribunál pro Libanon přímo na základě své rezoluce jako jedno z opatření bez použití síly dle čl. 41 Charty OSN, nabízelo se použití obdobného a již zavedeného znění, které bylo použito předchozími rezolucemi zakládajícími ad hoc mezinárodní trestní tribunály, a které by nenechávalo prostor pro pochybnosti.

Rovněž z jednání v Radě bezpečnosti před hlasováním o přijetí rezoluce č. 1757 vyplývá, že minimálně část států, které se zdržely hlasování, vnímala text rezoluce jako nahrazení chybějící ratifikace ze strany Libanonu a tedy zřízení tribunálu na základě mezinárodní smlouvy. Například zástupce Ruské federace v této souvislosti uvedl, že rezoluce se měla zaměřit na implementaci ustanovení Smlouvy, nikoli na vstup Smlouvy v platnost. Konstatoval, že „úprava zvolená předkladateli rezoluce je z pohledu mezinárodního práva pochybná. Smlouva mezi dvěma subjekty (...) ze své podstaty nemůže vstoupit v platnost na základě rozhodnutí jedné smluvní strany.“¹³ Stejně tak zástupci Indonésie, Jihoafrické republiky a Číny přednesli vůči navrhované úpravě výhrady právě z důvodu, že Rada bezpečnosti tím obejde libanonskou ústavní proceduru ratifikace smlouvy a nahradí ji přijatou rezolucí. Zástupce Indonésie označil tento postup za „násilné zasahování do vnitrostátních ústavních postupů“, neboť návrh rezoluce „mění právní povahu čl. 19 Smlouvy, který jasně stanoví, že smlouva vstoupí v platnost den poté, co libanonská vláda oznámí OSN, že byly splněny vnitrostátní právní požadavky pro její vstup v platnost.“¹⁴

¹¹ Fassbender, c. d., s. 1096.

¹² Viz rezoluce Rady bezpečnosti č. 808 (1993) a rezoluce Rady bezpečnosti č. 955 (1994).

¹³ Viz záznam z jednání Rady Bezpečnosti ze dne 30. května 2007 o situaci na Blízkém východě. UN Doc. S/PV.5685. Pozn.: vlastní překlad autorky.

¹⁴ Tamtéž.

Zdůraznil přitom, že se jedná o čistě národní záležitost a neexistuje právní základ, podle něhož by Rada bezpečnosti mohla takto jednat.

Při rozboru alternativy, podle níž právní základ zřízení tribunálu spočívá v mezinárodní smlouvě a Rada bezpečnosti tedy svou rezolucí fakticky nahradila chybějící ratifikaci Dohody ze strany Libanonu, je nutno vzít v potaz dva rozměry, které daná otázka má. Prvním z nich je, zda smlouva tímto způsobem mohla vstoupit v platnost z pohledu mezinárodního smluvního práva. Druhou otázkou pak je existence pravomoci Rady bezpečnosti k podobnému kroku, tj. zda lze pro něj v Chartě OSN nalézt oporu či zda je na místě tento postup charakterizovat jako jednání *ultra vires*.

4.1 Z POHLEDU PRÁVA MEZINÁRODNÍCH SMLUV

Zásadní otázkou, která vyvstává, je, zda je možné vyvolat právní následek vstupu mezinárodní smlouvy v platnost nahrazením souhlasu jedné ze stran rezolucí Rady bezpečnosti. Domnívám se, že nikoli.

Základním pojmovým znakem smlouvy (ať už mezinárodní, či jiné) je konsenzus, tj. obsahově shodný projev vůle stran, který je důvodem její závaznosti. Dle mezinárodního obyčejového práva lze za mezinárodní smlouvu považovat ujednání dvou nebo více subjektů mezinárodního práva, které má z vůle těchto subjektů mezinárodněprávní účinky a řídí se mezinárodním právem. Rovněž Vídeňské úmluvy upravující právo mezinárodních smluv uvádějí jako základní charakteristiku mezinárodní smlouvy konsenzus a dohodu smluvních stran¹⁵. Požadavek mezinárodněprávně relevantního projevu vůle smluvních stran být smlouvou vázán je proto pro uzavření a vznik smlouvy z hlediska mezinárodního práva nezbytným, přičemž v případě bilaterální smlouvy je nezbytnou podmínkou takový projev vůle obou smluvních stran.

Dohoda o zřízení tribunálu stanovila v čl. 19 odst. 1 jako podmínku svého vstupu v platnost ratifikaci ze strany Libanonu, resp. oznámení potvrzující, že byly splněny vnitrostátní právní podmínky pro vstup smlouvy v platnost. Ratifikace mezinárodní smlouvy má dvě roviny – vnitrostátní a mezinárodní. Pro vstup smlouvy v platnost z pohledu mezinárodního práva je podstatná ratifikace ve smyslu mezinárodněprávně relevantního aktu (projevu vůle státu navenek být vázán smlouvou); s ratifikací dle vnitrostátního práva nicméně vykazuje funkční spojitost, neboť nevysloví-li parlament na svém jednání ústavou předepsaný souhlas, nemůže ani dojít

¹⁵ Vídeňská úmluva o smluvním právu z roku 1969, stejně jako Vídeňská úmluva o smluvním právu mezinárodních organizací z roku 1986, sice podávají užší definici mezinárodní smlouvy, než jaká plyne z obyčejového práva, avšak obě rovněž vymezují smlouvu jako mezinárodní *dohodu* uzavřenou písemnou formou mezi státy, resp. státy a mezinárodními organizacemi.

k mezinárodněprávnímu aktu ratifikace. A k tomu v daném případě ze strany Libanonu nedošlo.

Za notifikaci ve smyslu čl. 19 Dohody přitom nemůže být pokládán dopis libanonského předsedy vlády Fouada Siniora Generálnímu tajemníkovi OSN ze dne 14. května 2007¹⁶, který Rada bezpečnosti zmiňuje v preambuli přijaté rezoluce. V něm totiž právě ono oznámení o splnění vnitrostátní právní podmínky pro ratifikaci smlouvy chybí; libanonský premiér v něm naopak explicitně konstatoval, že v současné době existuje patová situace, která neumožňuje svolat jednání Sněmovny, na němž by mohlo být o ratifikaci Smlouvy rozhodnuto. Na této skutečnosti nic nemění fakt, že premiér v dopisu konstatoval, že i přesto je dána parlamentní většina, která s ratifikací smlouvy souhlasí – podobné konstatování nemůže být z hlediska mezinárodního práva relevantní, neboť parlamentní většina mohla svůj souhlas vyjádřit pouze způsobem předvídaným ústavou, tedy na jednání Sněmovny, což se nestalo¹⁷. Navíc o tři dny později, 17. května 2007, poslal Generálnímu tajemníkovi OSN dopis také libanonský prezident Emile Lahoud, v němž uvedl, že Siniorova vláda postrádá legitimitu a vyslovil se proti tomu, aby Rada bezpečnosti uvedla Smlouvu o založení tribunálu v život¹⁸.

Platí, že mezinárodní smlouva vstupuje v platnost způsobem a dnem určeným ve svých ustanoveních¹⁹. Z výše uvedeného přitom jasně vyplývá, že ustanovení čl. 19 smlouvy naplněno nebylo a smlouva proto tímto způsobem v platnost vstoupit nemohla. Potvrzuje to mimo jiné i samotná rezoluce č. 1757, která v §1 (a) sama stanoví lhůtu pro naplnění ustanovení čl. 19 ze strany libanonské vlády, po jejímž marném uplynutí smlouva vstoupí dne 10. června 2007 v platnost. Nabízí se proto otázka, zda je z pohledu mezinárodního práva možné, aby smlouva vstoupila v platnost nahrazením ratifikace jednou ze smluvních stran rezolucí Rady bezpečnosti. Domnívám se, že toto možné s ohledem na výše uvedenou základní charakteristiku mezinárodní smlouvy jako dohody založené konsenzem

¹⁶ Letter dated 14 May 2007 from the Prime Minister of Lebanon to the Secretary-General. UN Doc. S/2007/281.

¹⁷ V preambuli rezoluce č. 1757 je použita formulace, podle níž v dopisu libanonský premiér „připomněl, že parlamentní většina vyjádřila svou podporu Tribunálu a požádal, aby jeho požadavek na zřízení Zvláštního tribunálu byl urgentně předložen Radě [Bezpečnosti]“. Jak konstatuje B. Fassender, Rada bezpečnosti tím chtěla vyvolat dojem, že jedná v zájmu celého libanonského lidu, což je nicméně s ohledem na vnitropolitickou realitu v zemi nepravdivé. Viz UN Doc. S/RES/1757 (2007), dále viz Fassender, c. d., s. 1093-1094.

¹⁸ Viz *United States Participation in the United Nations: A Report by the Secretary of State to the Congress for the Year 2007*. United States Department of State, Government Printing Office. s. 16.

¹⁹ Viz čl. 24 Vídeňské úmluvy o smluvním právu mezinárodních organizací.

stran není, neboť projev vůle jedné z nich nemůže svým jednostranným aktem nahradit druhá strana smlouvy.

4.2 Z POHLEDU PRÁVA MEZINÁRODNÍCH ORGANIZACÍ

Rada bezpečnosti od počátku 90. let již mnohokrát svými rozhodnutí přijatými podle kapitoly VII Charty OSN vyprovokovala debatu o legalitě svých rozhodnutí a limitech pravomocí, kterými disponuje. I v tomto případě se nabízí otázka, zda Rada bezpečnosti byla (jako orgán mezinárodní organizace, která je na základě své zakládací smlouvy nadána pouze určitými pravomocemi) oprávněna podobné rozhodnutí vydat. Za tím účelem je nutno si nejprve zodpovědět otázku, jaká existují kritéria pro určení legality rozhodnutí Rady Bezpečnosti a jaká právní omezení pro výkon jejích pravomocí podle Kapitoly VII Charty existují.

Čl. 41 Charty OSN vymezuje oprávnění Rady bezpečnosti přijímat opatření bez použití síly za účelem ochrany mezinárodního míru a bezpečnosti. Skutečností přitom je, že konkrétní podoba, jíž mohou tato opatření nabývat, není v Chartě definována (je zde uveden pouze demonstrativní výčet možných opatření), přičemž Rada bezpečnosti již v minulosti prokázala poměrně širokou variabilitu co se týče takto volených prostředků, a to včetně zřízení dvou ad hoc mezinárodních trestních tribunálů – pro bývalou Jugoslávii (ICTY) a pro Rwandu (ICTR). Právě zřízení těchto dvou tribunálů je nicméně jedním z důvodů, pro které se lze domnívat, že svým postupem ohledně zřízení Zvláštního tribunálu pro Libanon by Rada přesáhla rozsah svých pravomocí.

Platí, že Rada bezpečnosti může v případě nastalé hrozby pro mezinárodní mír a bezpečnost přijmout právně závazná opatření, které jsou členské státy na základě čl. 25 Charty povinny provést²⁰. Rozhodnutí Rady přitom mohou převážit nejen nad mezinárodními smlouvami (v souladu s čl. 103 Charty), ale rovněž nad mezinárodním obyčejovým právem²¹. Je nicméně skutečností, že navzdory svému poněkud výsadnímu postavení je Rada bezpečnosti limitována statutem mezinárodní organizace, jejímž je orgánem, a vedle toho také obecným mezinárodním právem.²² Rada bezpečnosti tak

²⁰ Čl. 25 Charty stanoví, že členové OSN „přijmou a provedou rozhodnutí Rady bezpečnosti v souladu s touto Chartou“.

²¹ Jak upozorňuje A. Constantinides, toto oprávnění vyplývá ze samotné povahy donucovacích opatření a implicitně také ze samotného znění Charty. Viz Constantinides, A.: *An Overview of Legal Restraints on Security Council Chapter VII Action with a Focus on Post-Conflict Iraq*. 2004 Florence Founding Conference. Dostupné z: www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Constantinides_782.pdf

²² Viz Schweigman, D.: *The authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: legal limits and the role of the International Court of Justice*. Hague: Kluwer Law International, 2001. s. 164-165

sice je oprávněna operovat v rámci poměrně široce definovaných mantinelů, ve svém počínání však je i přesto limitována.

Omezení plynoucí z Charty OSN jako určitá měřítko pro posouzení legality aktů orgánů OSN lze spatřovat především v čl. 2, ve kterém jsou (spolu s čl. 1) vymezeny cíle a zásady OSN²³. Na danou situaci se přitom vztahuje zejména čl. 2 odst. 7, podle něhož OSN není oprávněna zasahovat do záležitostí, které „podstatně patří do vnitřní pravomoci kteréhokoli státu“. Přestože vývoj směřuje k tomu, že je stále méně oblastí, které je možné bez rozpaků označit za záležitosti „podstatné“ spadající do vnitřní pravomoci státu, nemůže být pochyb o tom, že jednou z těchto oblastí je projevení vůle státu stát se stranou mezinárodní smlouvy.

V ustanovení čl. 2 odst. 7 je výslovně uvedeno, že tato zásada nebrání použití donucovacích opatření podle Kapitoly VII. Podle mého názoru nicméně díky tomu nelze učinit závěr, že určité rozhodnutí či opatření přijaté Radou bezpečnosti podle Kapitoly VII nemůže za žádných okolností představovat nepovolenou intervenci do vnitřních záležitostí státu. Tuto „výjimku“ obsaženou v čl. 2 odst. 7 je nutno vykládat ve vztahu k celkovému kontextu pravomocí a cílů Rady bezpečnosti a zároveň do určité míry restriktivně – v opačném případě by totiž bylo možné učinit závěr, že v okamžiku, kdy Rada bezpečnosti v souladu s čl. 39 Charty určí, že nějaká situace představuje ohrožení či porušení míru, není následně ve výkonu svých pravomocí a přijetí opatření dle čl. 41 a 42 omezena z právního hlediska vůbec ničím a z povahy věci se tímto opatřením nikdy nemůže dopustit jednání ultra vires a neoprávněného zásahu do vnitřních pravomocí státu. Tak tomu nicméně není, což – jak upozorňuje A. Constantinides²⁴ – mj. vyplývá ze znění posudku Mezinárodního soudního dvora ve věci Namibie²⁵, který konstatoval, že „Soud proto dospěl k závěru, že rozhodnutí přijatá Radou Bezpečnosti [...] byla přijata v souladu s cíli a zásadami Charty a v souladu s články 24 a 25. Tato rozhodnutí jsou tedy závazná pro všechny členské státy OSN, které jsou proto povinny je přijmout a provést [zvýrazněno autorkou].“²⁶

²³ Výslovně to stvrzuje čl. 24 odst. 2, podle něhož je Rada povinna při výkonu svých povinností z těchto cílů a zásad, vymezených v čl. 1 a 2 Charty, vycházet.

²⁴ Constantinides, c. d.

²⁵ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. Advisory Opinion of 21 June 1971. International Court of Justice Reports 1971. Dostupné z: www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf

²⁶ „The Court has therefore reached the conclusion that the decisions made by the Security Council [...] were adopted in conformity with the purposes and principles of the Charter and in accordance with its Articles 24 and 25. The decisions are consequently binding on all States Members of the United Nations, which are thus under obligation to accept and carry them out.“ Viz *Legal Consequences (...)*, c. d., s. 41, odst. 115.

Jak přitom upozorňuje G. Serra, v případě rezoluce č. 1757 šel „zásah OSN do vnitřních záležitostí a jurisdikce vysoce nad rámec toho, co by mohlo být opodstatněně umožněno poslední větou ustanovení čl. 2 odst. 7 Charty OSN.“²⁷ Novem přitom není samotný fakt interference do vnitřních záležitostí státu, ale oblast, do níž Rada bezpečnosti touto rezolucí zasáhla – ústavní pravomoci suverénního státu. Obdobný zásah přitom nebyl v žádném případě nezbytný pro výkon funkcí a cílů Rady bezpečnosti v oblasti udržení mezinárodního míru a bezpečnosti. V kompetenci Rady totiž bylo dosažení stejného cíle, tedy zřízení tribunálu, přímo na základě rezoluce, tak jako v případě ICTY a ICTR, a to bez nutnosti přistoupit k bezprecedentnímu kroku prisouzení členskému státu OSN status strany mezinárodní smlouvy, kterou tento stát v souladu se svou vnitrostátní ústavní úpravou odmítl ratifikovat.

Lze proto konstatovat, že rezoluce č. 1757 tímto krokem nenaplnila podmínku proporcionality mezi zásahem do vnitřních záležitostí státu a cílem, kterého tímto zásahem mělo být dosaženo. Je třeba upozornit, že do Charty jsou inkorporovány některé obecné zásady právní, jako zásada dobré víry či právě zásada proporcionality²⁸. V souladu se zásadou proporcionality je přitom možné učinit závěr, že Rada bezpečnosti není oprávněna zasáhnout do vnitřních pravomocí a záležitostí státu, pokud to není nezbytné či přiměřené okolnostem a cíli, jehož hodlá dosáhnout. Lze přitom dovodit, že jestliže Rada může zamýšleného cíle dosáhnout ustavením tribunálu přímo na základě rezoluce, není důvod, aby si osobovala pravomoc učinit stát proti jeho vůli smluvní stranou smlouvy nahrazením jeho chybějící ratifikace svým rozhodnutím.

Další oblastí omezení, která pro Radu bezpečnosti při výkonu jejích pravomocí existují, pak jsou rovněž pravidla obecného mezinárodního (obyčejového) práva²⁹. Ve vztahu k rozebíranému případu je třeba především upozornit na závěr D. Schweigmanna, podle něhož jedním z případů, kdy obyčejová pravidla převáží nad ustanoveními Charty OSN, jsou i obyčejová pravidla z oblasti práva mezinárodních smluv (především pak pravidla týkající se výkladu smluv)³⁰. Do toho nepochybně spadá

²⁷ Serra, c.d.

²⁸ Schweigman, D.: *The authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: legal limits and the role of the International Court of Justice*. Hague: Kluwer Law International, 2001. s. 201.

²⁹ V této souvislosti vycházím z definice obecného mezinárodního práva, kterou přináší J. Malenovský. Podle něj se jedná o pravidla, jež jsou způsobilá uplatnit se vůči všem státům, resp. pravidla, jichž se lze dovolávat ve vztahu ke každému státu. Dovozuje přitom, že pramenem obecného mezinárodního práva může být pouze obyčej, který je jako jediný způsobilý vyvolat právní účinky vůči všem státům. Viz Malenovský, J.: *Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5. vyd. Brno: MU a nakladatelství Doplněk, 2008. s. 223.

³⁰ Schweigman, c. d., s. 196.

rovněž povinnost respektovat povahu mezinárodní smlouvy jako dohody mezi dvěma (či více) subjekty a mezinárodněprávní pravidla týkající se vstupu smlouvy v platnost.

5. PRÁVNÍM ZÁKLADEM ZŘÍZENÍ TRIBUNÁLU JE REZOLUCE RADY BEZPEČNOSTI

Druhou z možných interpretací rezoluce č. 1757 pak je výklad, podle něhož právním základem zřízení a existence tribunálu je přímo samotná rezoluce. Dohoda o zřízení tribunálu tak tvoří její integrální součást, čímž ztratila povahu mezinárodní smlouvy a její ustanovení vstoupila v platnost jako součást rezoluce. Pro tuto interpretaci rovněž svědčí několik skutečností a, jak je rozvedeno níže, jedná se o interpretaci, kterou osobně považuji za správnou.

Tato interpretace je v souladu s dřívější praxí Rady bezpečnosti, která svými rezolucemi na základě Kapitoly VII založila již dva ad hoc mezinárodní trestní tribunály. Jak bylo uvedeno výše, konstrukce použitá v rezoluci č. 1757 je odlišná od obou dřívějších případů. Je nicméně zároveň poměrně neurčitá, neboť rezoluce hovoří o přiložené Dohodě nikoli jako o smlouvě, ale „přiloženém dokumentu“ a nechává tak tuto otázku de facto otevřenou. Právě tato nejednoznačnost ponechává prostor i pro druhý způsob interpretace.

S ohledem na fakt, že tato interpretace umožňuje (na rozdíl od interpretace první) vnímat akt založení Zvláštního tribunálu jako učiněný v souladu s mezinárodním právem a rovněž v souladu s dřívější zavedenou praxí Rady bezpečnosti ohledně zřizování ad hoc mezinárodních trestních tribunálů, je nutné ji dle mého názoru preferovat. Je přitom třeba souhlasit s B. Fassenderem, který upozorňuje, že pokud by Rada bezpečnosti měla v úmyslu odchýlit se od své dřívější praxe natolik bezprecedentním způsobem, bylo by pro to potřeba zcela jednoznačného důkazu a formulace, která nezanechává pochybnosti o svém významu – to nicméně rezoluce č. 1757 nepřináší.

Nahrazení ratifikace mezinárodní smlouvy jedním ze států, který je její smluvní stranou, rezolucí přijatou podle Kapitoly VII představuje bezprecedentní krok a Rada by s tím přisvojila podobnou pravomoc poprvé v historii³¹. Pravomoc uvalit na členský stát OSN závazek ve formě mezinárodní smlouvy, kterou začne být tento stát z rozhodnutí Rady bezpečnosti vázán, dle mého názoru nepochybně nepatří mezi „zvláštní pravomoci“, které jsou Radě v souladu s čl. 24 odst. 2 Charty přiznány a které umožňuje přijmout Kapitola VII. Toto je potvrzeno již samotnou povahou mezinárodní smlouvy, jak je rozebráno výše.

³¹ Fassbender, c. d., s. 1097.

Rada Bezpečnosti je oprávněna vykonávat své funkce rovněž prostřednictvím uzavírání mezinárodních smluv, avšak pokud tak učiní, je přitom povinna postupovat na základě rovného postavení všech smluvních stran. Pokud se tento postup ukáže jako nedostatečný či nevhodný, nic nebrání přijmout v dané otázce závaznou rezoluci na základě Kapitoly VII a určité opatření vynutit. Není však možné akceptovat řešení, podle něhož může Rada oba přístupy kombinovat a vyvolat vstup smlouvy v platnost svým jednostranným opatřením podle Kapitoly VII, aniž by přitom zároveň daná ustanovení neztrácela povahu mezinárodní smlouvy; takový postup Rady by bylo nutno kvalifikovat jako jednání *ultra vires*.³²

6. ZÁVĚR

Závěrem lze konstatovat, že v příspěvku uvedené argumenty dle mého názoru jednoznačně svědčí ve prospěch interpretace, podle níž byl Zvláštní tribunál zřízen jako opatření v souladu s čl. 41 Charty OSN přímo na základě rezoluce a přiloženou Dohodu je nutno chápat jako integrální součást textu rezoluce s právní povahou tomu odpovídající. Opačná interpretace by znamenala, že právní základ tribunálu a legalita jeho vzniku by byly z pohledu mezinárodního práva zpochybnitelné – to totiž neposkytuje prostor pro to, aby mezinárodní smlouva mohla vstoupit v platnost na základě rozhodnutí Rady bezpečnosti, a zároveň by bylo nutno podobný zásah do ústavních postupů suverénního státu ze strany Rady bezpečnosti kvalifikovat jako jednání nad rámec jejích pravomocí dle Charty OSN.

Antonio Cassesse, předseda tribunálu, se nicméně před nedávnem v rozhovoru vyjádřil ve prospěch interpretace, podle níž je právním základem založení a působení tribunálu mezinárodní smlouva, která – dle jeho slov – sice „nebyla uzavřena v souladu s libanonskou ústavou, nicméně libanonská vláda svým následným zapojením do personálního zajištění tribunálu potvrzuje, že je smlouvou vázána.“³³ Bude tedy zajímavé sledovat, jak se k výše rozebírané otázce postaví samotný tribunál, bude-li otázka legality jeho vzniku vznesena jako předběžná otázka v některém ze soudních řízení, která povede.

Literature:

³² Fassbender, 1104-1105.

³³ „[...] the agreement to establish the STL was not concluded in compliance with the Lebanese Constitution, but that the Lebanese government's subsequent involvement in the staffing of the tribunal confirms that the government is bound by the agreement“ Viz *Lebanon: Chief Judge (...)*, c. d. Otázkou je, zda toto vyjádření neotevřelo prostor pro třetí možnou interpretaci, podle níž ustanovení smlouvy vstoupila v platnost konkludentně následkem participace obou jejích stran, OSN a Libanonu, na založení Tribunálu a jeho dalším působení.

Primární zdroje

- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). Advisory Opinion of 21 June 1971. International Court of Justice Reports 1971. [cit. 20-01-2011]. Dostupné z: www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf
- Libanon Index [online]. [cit. 20-01-2011]. Dostupné z: http://www.servat.unibe.ch/icl/le__indx.html
- UN Doc. S/RES/1757 (2007)
- UN Doc. S/2007/281
- United Nations Charter (1945)
- Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (1986)
- Vienna Convention on the Law of Treaties between States (1969)

Sekundární zdroje

- Constantinides, A.: An Overview of Legal Restraints on Security Council Chapter VII Action with a Focus on Post-Conflict Iraq. 2004 Florence Founding Conference. Dostupné z: www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Constantinides_782.pdf
- Fassbender, B.: Reflections on the International Legality of the Special Tribunal for Libanon. In Journal of International Criminal Justice, No. 5 (2007), s. 1091-1105.
- Lebanon: Chief Judge Makes Controversial Statement on Legality of Special Tribunal for Libanon [online]. Library of Congress, 18. 11 2010 [cit. 2011-01-20]. Dostupné z: http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_l205402359_text

- Malenovský, J.: Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému. 5. vyd. Brno: MU a nakladatelství Doplněk, 2008.
- Serra, G.: Special Tribunal for Lebanon: A Commentary on its Major Legal Aspects. In *International Criminal Justice Review*, Vol. 18, No. 3 (September 2008).
- Schweigman, D.: The authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: legal limits and the role of the International Court of Justice. Hague: Kluwer Law International, 2001.
- Šturma, P.: První mezinárodní trestní tribunál pro stíhání teroristických útoků? Ke zřízení Zvláštního tribunálu pro Libanon. In *Trestněprávní revue* 10/2007.
- United States Participation in the United Nations: A Report by the Secretary of State to the Congress for the Year 2007. United States Department of State, Government Printing Office.

Contact – email

lindajanku@seznam.cz

MEZINÁRODNÍ MINIMÁLNÍ STANDARD ZACHÁZENÍ S MEZINÁRODNÍ INVESTICÍ

ROMAN KALIŠ

Faculty of Law, Masaryk University

Abstract in original language

Cílem tohoto příspěvku je pokusit se na pozadí historického vývoje vymezit současný obsah mezinárodního minimálního režimu zacházení v kontextu mezinárodní ochrany investic. Poukazuje však zejména na kontroverze zahrnující tento režim, jehož obsah, ale i samotná existence patří k nejspornějším otázkám mezinárodního investičního práva. Tento příspěvek tak usiluje o potvrzení nebo vyvrácení hypotézy, že obsah moderního mezinárodního minimálního standardu (má-li vůbec tento režim nějaký obsah) se neliší od jeho obsahu zakotveného v původních rozhodnutích vydaných v první polovině 20. století.

Key words in original language

Zacházení s mezinárodní investicí, mezinárodní minimální standard, národní režim zacházení, obyčejové mezinárodní právo

Abstract

The purpose of this article is to introduce the international minimum standard of treatment in the context of the international investment law. It points out the controversies surrounding this standard of treatment and its content as well as the controversies surrounding the existence of this standard itself. The article therefore seeks to confirm or rebut the hypothesis that the content of this standard (if it has any) is not different from the content ascribed to it in the early cases dating back to 1920s.

Key words

Treatment of foreign investment, international minimum standard, national standard of treatment, customary international law

Úvod

Původním cílem mezinárodního minimálního standardu zacházení bylo zajistit cizím státním příslušníkům na území hostitelského státu určitý externí režim zacházení, který by byl nezávislý na národním režimu zacházení uděleném tímto státem jeho vlastním občanům.¹ Klasickou definici minimálního standardu mezinárodního práva poskytuje A. H. Roth:

¹ Graham Mayeda v této souvislosti cituje Charlese Rousseaua, který píše:

„mezinárodní standard není nic jiného než sada pravidel, vzájemně spolu souvisejících a vyvstávajících zjedné konkrétní normy obecného mezinárodního práva, která uvádí, že zacházení s cizinci je regulováno právem národů“.²

Tato definice však mnoho nenapoví, co je skutečným konkrétním obsahem tohoto režimu. Obecně lze říci, že mezinárodní minimální standard je považován za pravidlo obyčejového mezinárodního práva,³ které reguluje zacházení s cizinci tím, že poskytuje sadu pravidel, které státy musí respektovat při jednání s cizinci a jejich majetkem, bez ohledu na své domácí právo a státní praxi.⁴ Cílem mezinárodního minimálního standardu je tedy stanovit určitá základní práva vytvořená mezinárodním právem, která státy musí cizincům přiznat bez ohledu na úroveň zacházení poskytovanou jejich vlastním občanům. Porušení tohoto standardu může vést ke vzniku mezinárodní odpovědnosti hostitelského státu.⁵

Určité normy zabývající se majetkovou ochranou označované jako mezinárodní minimální standardy byly vytvořeny již v první polovině 20. století.⁶ Většina z těchto norem se však soustředila pouze na ochranu cizince jako fyzické osoby. V kontextu mezinárodní ochrany zahraničního investora a jeho majetku začal být koncept minimálního mezinárodního režimu zacházení vytvářen zejména praxí USA v Latinské Americe a teprve později převzat dalšími vyspělými státy, které jej spolu s USA prosazovaly vůči zejména rozvojovým zemím přijímajícím jejich investiční kapitál. Vyvinutí tohoto standardu jako absolutního minima ochrany bylo způsobeno nespokojeností zahraničních investorů a jejich domovských států s národním režimem poskytovaným na území hostitelského státu všem investorům bez rozdílu. Tento lokální režim byl zahraničními investory a

„Velká většina právních komentářů je toho názoru, že existuje mezinárodní minimální standard, v souladu s nímž mají státy povinnost přiznat cizincům určitá práva, ... a to i v případě, že je odmítají vlastním občanům.“. Mayeda, G., *Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*. Journal of World Trade 41(2): 273-291, 2007, Kluwer Law International. Printed in The Netherlands.

² Lad-Ojomo, O., *What is the Distinction Between the Fair and Equitable Treatment Standard and Minimum Standard of Treatment Under Customary International Law*. University of Dundee, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law Policy. 2009

³ Povaha mezinárodního minimálního standardu coby normy obyčejového mezinárodního práva však do dnešního dne zůstává sporná (Pozn. autora).

⁴ Klein Bronfman, M. *Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 10, 2006, p. 609-680. 2006 Koninklijke Brill N.V. Printed in the Netherlands

⁵ Ibid.

⁶ Mayeda, G., *Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*. Journal of World Trade 41(2): 273-291, 2007, Kluwer Law International. Printed in The Netherlands.

jejich domovskými státy považován za necivilizovaný, svévolný a neschopný zajistit vládu práva.⁷

Z důvodu dlouhodobého prosazování tohoto „externího“ režimu velkou skupinou států se objevil názor, že tento režim již nabyl podoby všeobecně závazného mezinárodního obyčeje, jehož porušení vede ke vzniku odpovědnosti hostitelského státu⁸. Toto tvrzení však do dnešního dne zůstává sporné. Vývoj tohoto standardu se totiž samozřejmě neobešel bez nesouhlasu zejména zemí Latinské Ameriky a později dalších rozvojových zemí, které prosazovaly tzv. Calvovu doktrínu, dle které mají být cizincům přiznána stejná práva a zacházení jako místním investorům. V souladu s touto doktrínou musí zahraniční investoři vyhovět požadavkům místního právního řádu a podvolit se místním soudům při řešení sporů z investic.⁹

Z důvodu významného nárůstu počtu mezinárodních investičních instrumentů v posledních několika desetiletích, nabyl mezinárodní minimální režim zacházení významné zastoupení v oblasti moderní ochrany zahraničních investic.¹⁰ Z důvodu četnosti odkazů na tento režim zacházení zejména ve dvoustranných investičních dohodách se znovu oživila debata o povaze mezinárodního minimálního standardu coby pravidla obyčejového mezinárodního práva. Zastánci jeho existence jakožto široce aplikovatelné obyčejové normy argumentují právě faktem, že je tento režim čteně používán ve dvoustranných investičních dohodách. Thomas Eilmansberger¹¹ podporuje tezi, že mezinárodní minimální standard se z důvodu jeho pravidelného výskytu v dvoustranných investičních dohodách již stal součástí obyčejového mezinárodního práva¹². Zde je však třeba si uvědomit,

⁷ Lad-Ojomo, O., *What is the Distinction Between the Fair and Equitable Treatment Standard and Minimum Standard of Treatment Under Customary International Law*. University of Dundee, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law Policy. 2009

⁸ Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, str. 140

⁹ Lad-Ojomo, O., *What is the Distinction Between the Fair and Equitable Treatment Standard and Minimum Standard of Treatment Under Customary International Law*. University of Dundee, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law Policy. 2009

¹⁰ Marcela Klein Bronfman uvádí, že tento standard byl uznán již v 18. století Vattellem (švýcarským filozofem, diplomatem a právníkem) a bylo na něj odkazováno během 19. a 20. století. Klein Bronfman, M. *Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 10, 2006, p. 609-680. 2006 Koninklijke Brill N.V. Printed in the Netherlands

¹¹ Eilmansberger, T., *Bilateral Investment Treaties and EU Law*. Common Market Law Review 46: 383-429, 2009

¹² Thomas Eilmansberger jde ve svých tvrzeních ještě dále a uvádí, že součástí obyčejového mezinárodního práva je i povinnost kompenzace zahraničních investorů v případě vyvlastnění jeho majetku na základě tzv. Hullovovy formule, která stanoví, že při vyvlastnění je hostitelský stát povinen vyplatit investorovi okamžitou, odpovídající a efektivní kompenzaci. T. Eilmansberger zastává názor, že tento standard kompenzace neztratil charakter pravidla obyčejového práva z důvodu vydání několika rezolucí OSN v 60. a 70.

že zahrnutí minimálního standardu do řady BITs a jiných investičních dohod nevedlo k vyjasnění obsahu tohoto režimu, protože žádná z těchto dohod neposkytla definici toho, co tento standard obsahuje.¹³

Kanadská modelová BIT např. pouze stanoví, že každá smluvní strana poskytne investicím zacházení v souladu s minimálním standardem obyčejového mezinárodního práva. Modelová dohoda americká obdobně uvádí, že každá smluvní strana poskytne investicím zacházení v souladu s mezinárodním právem. Norská modelová dohoda pak uvádí, že každá smluvní strana poskytne investorům druhé smluvní strany a jejich investicím zacházení v souladu s obyčejovým mezinárodním právem.

Jak je možné si všimnout všechny uvedené dohody obsahují více či méně obdobné znění zaručující zahraničnímu investorovi takové zacházení, které bude v souladu s mezinárodním právem. Co je však obsahem obyčejového mezinárodního práva v oblasti mezinárodní ochrany zahraničních investic žádná z těchto dohod neuvádí. Samotná četnost odkazu na něj tak nemůže sama o sobě vytvořit obyčejovou normu, protože fráze bez obsahu se nikdy obecně závaznou normou stát nemůže¹⁴.

Sornarajah uvádí, že by bylo chybné se domnívat že investiční dohody stabilizovaly mezinárodní obyčejové právo. V případě, že by byla existence obyčejového práva v této oblasti nepochybná, nevznikla by potřeba pro tak horlivou tvorbu smluv týkajících se ochrany zahraničních investic. Sornarajah doplňuje, že by bylo obtížné prokázat, že došlo ke svobodnému souhlasu se vznikem obyčejových pravidel ze strany

letech 20. století. T. Eilmansberger uvádí, že protože tyto rezoluce nebyly přijaty jednomyslně a protože je sporné, že představovaly *opinio juris* nezbytný pro změnu obyčejového mezinárodního práva, mají být kompenzační standardy při vyvlastnění nadále pod vlivem Hullové doktríny. Na tomto místě bych však rád upozornil, že Hullova doktrína se nikdy součástí obyčejového mezinárodního práva nestala, protože nikdy nebyla na mezinárodním poli všeobecně akceptována. Hullova doktrína byla jednostranně prosazována Spojenými státy americkými a později dalšími rozvinutými státy, ale odpočatou odmítána zeměmi Latinské Ameriky a následně dalšími rozvojovými zeměmi (většinou bývalými koloniemi). Eilmansberger, T., *Bilateral Investment Treaties and EU Law*. Ibid.

¹³ Lad-Ojomo, O., *What is the Distinction Between the Fair and Equitable Treatment Standard and Minimum Standard of Treatment Under Customary International Law*. University of Dundee, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law Policy. 2009

¹⁴ Myšlenku o existenci tohoto standardu horlivě budovaly a prosazovaly zejména USA, nicméně v okamžiku, kdy byl tento režim použit v rámci NAFTA proti nim jako straně žalované, požadovaly, aby žalobce prokázal porušení konkrétního mezinárodního obyčejového práva obsaženého v tomto režimu (*ADF v. United States*, 2003). Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, str. 332

rozvojových států, které by se v tomto kontextu považovaly za „persistent objectors“¹⁵ a necítily se proto těmito pravidly vázány.¹⁶

OBSAH MEZINÁRODNÍHO MINIMÁLNÍHO STANDARDU

V rozhodovací činnosti se mezinárodní minimální standard zacházení poprvé objevil ve dvou případech:¹⁷ *Neer Claim*¹⁸ a *Roberts Claim*.¹⁹ Rozhodnutí ve věci *Neer* se stalo základním mezníkem v definování mezinárodního minimálního standardu.²⁰ Předmětem tohoto sporu byl nárok Spojených států amerických jednajících jménem rodiny Paula Neera, který byl za nejasných okolností zavražděn v Mexiku. Tribunál v této věci došel k závěru, že Mexiko neprokázalo náležitou péči při stíhání osob zodpovědných za vraždu tohoto amerického občana, a proto musí pozůstalým zaplatit odškodné.²¹ Tribunál shledal, že pochybení mexických úřadů při zadržení a potrestání viníků vraždy Paula Neera samo o sobě neporušilo mezinárodní minimální standard zacházení s cizinci, nicméně přesto došel k závěru, že úroveň porušení povinností resp. hrubé zanedbání náležité péče ze strany Mexika bylo tak závažné, že ke vzniku mezinárodní odpovědnosti došlo. Tribunál popsal koncept porušení mezinárodního minimálního standardu následovně:

Správnost (korektnost) státních zásahů by měla být posuzována dle mezinárodního standardu ... Zacházení s cizincem, aby představovalo porušení mezinárodní povinnosti (mezinárodní delikt) musí dosáhnout míry

¹⁵ Pravidlo „persistent objector“ spočívá v tom, že stát, který od počátku vzniku daného občejeového pravidla vzdoroval, jím není vázán. Viz. např. Shaw, M.N., *International Law*. Cambridge University Press, Fifth Edition, 2003, Str. 86

¹⁶ Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, str. 213

¹⁷ Mayeda, G., *Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*. Journal of World Trade 41(2): 273-291, 2007, Kluwer Law International. Printed in The Netherlands.

¹⁸ *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*. (October 15, 1926. Rozhodnutí k dispozici na:

http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf

¹⁹ *Harry Roberts (U.S.A.) v. United Mexican States*, 2 November 1926. Rozhodnutí k dispozici na:

http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_IV/77-81.pdf (stránka naposledy navštívena 30. 3. 2011).

²⁰ OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment Number 2004/3. *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*. September 2004

²¹ Ibid.

*pobouření, zlého úmyslu, úmyslného zanedbání povinnosti, nebo nedostatečnosti jednání státu, které je tak moc pod úrovní mezinárodních standardů, že každý rozumný člověk by ihned rozpoznal jeho nedostatečnost. Není podstatné, zda nedostatečnost plyne z vadného provedení právních norem nebo ze skutečnosti, že právní řád státu neumožňuje úřadům vyhovět mezinárodnímu standardu.*²²

Tento test byl rovněž aplikován ve věci *Roberts*, ve které Tribunál shledal, že Mexiko porušilo povinnost zajistit mezinárodní minimální standard zacházení tím, že drželo amerického občana v cele s jinými muži za krutých a nelidských podmínek.²³ Tribunál v této věci uvedl, že testem mezinárodní odpovědnosti státu není rovnost v zacházení s cizinci a občany státu v případě, že s cizincem nebylo zacházeno v souladu se „správným standardem civilizace“.²⁴

Přestože rozhodnutí v těchto věcech byla učiněna v jiném než investičním kontextu, definice porušení mezinárodního minimálního režimu obsažená v rozhodnutí ve věci *Neer* byla následně převzata investičními tribunály, které se s ní buď přímo ztotožňují nebo ji používají jako odrazový můstek za účelem vytvoření vlastní definice současného mezinárodního minimálního standardu.

Moderní investiční tribunály si samozřejmě uvědomovaly potřebu zaplnit mezeru mezi minimálním mezinárodním režimem zacházení, který byl vytvořen v první polovině 20. století za účelem ochrany fyzických osob a standardem obsaženým v současných smlouvách, které se snaží tento režim rozšířit i na ochranu investic. Sornarajah uvádí, že v současné době existují tři situace, ve kterých byla akceptována možnost použít rozhodnutí učiněná na základě původního mezinárodního minimálního standardu i pro moderní oblast zacházení s mezinárodními investicemi.²⁵ Mezi tyto situace patří rozhodnutí týkající se náhrady za vyvlastnění, odpovědnosti za zničení nebo poškození majetku nestátními subjekty²⁶ a odepření spravedlnosti²⁷.

²² Úryvek z rozhodnutí převzat z: Mayeda, G., *Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*. Journal of World Trade 41(2): 273-291, 2007, Kluwer Law International. Printed in The Netherlands

²³ Viz. Preamble a čl. 8 rozhodnutí ve věci *Harry Roberts (U.S.A.) v. United Mexican States*,

²⁴ Viz. čl. 8 rozhodnutí ve věci *Harry Roberts (U.S.A.) v. United Mexican States*,

²⁵ Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, str. 329-330

²⁶ Tato odpovědnost plyne z režimu „plné ochrany a bezpečnosti“, o kterém je pojednáno níže (pozn. autora).

OECD ve svém pojednání o režimu spravedlivého a nestranného zacházení v mezinárodním investičním právu uvádí pro změnu čtyři oblasti, ve kterých obyčejové právo poskytuje minimální ochranu. Dle této organizace se jedná o oblast:

- ochrany proti odmítnutí spravedlnosti ze strany zahraničního justičního systému;
- poskytnutí odpovídajícího zacházení zadržený cizincům;
- zajištění fyzické ochrany majetku cizince;
- výkonu práva vypovězení cizince způsobem, který jej nejméně poškozuje.²⁸

Problematika náhrady za vyvlastněný majetek a problematika poškození majetku je stranami pravidelně upravena v investičních smlouvách. Co se týče odepření spravedlnosti, jedná se o koncept, který byl zřídka použit jako základ pro rozhodnutí sporu. Rozhodčí tribunály nejsou totiž ochotné posuzovat a hodnotit soudní rozhodování suverénního státu. K tomu, aby spor mohl být rozhodnut na základě konceptu odepření spravedlnosti, je tedy v zásadě třeba, aby došlo ke zvlášť závažnému, nadměrnému a do očí bijícímu porušení povinností²⁹ soudními orgány smluvního státu³⁰.

²⁷ K odepření spravedlnosti více viz např. Wallace D. Jr.; *Fair and Equitable Treatment and Denial of justice: Loewen v. US and Chatting v. Mexico*. Publikováno jako kapitola 18 v: *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Edited Toddem Weilerem, ISBN: 1-905017-07-3, Cameron May, 2005

²⁸ Mayeda, G., *Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*. *Journal of World Trade* 41(2): 273-291, 2007, Kluwer Law International. Printed in The Netherlands.

²⁹ „Odepřením spravedlnosti se rozumí nesprávný výkon civilní nebo trestní spravedlnosti týkající se cizince, zahrnuje odepření přístupu k soudům, procesní pochybení a nespravedlivá rozhodnutí. Wallace D. Jr.; *Fair and Equitable Treatment and Denial of justice: Loewen v. US and Chatting v. Mexico, Ibidem*

³⁰ Tímto standardem se zabýval například tribunál ICSID ve věci *Azinian v. Mexico* (1998) 5 ICSID Rpts 269, ve kterém tribunál uvedl, že odepření spravedlnosti může být tvrzeno pouze v případě, že příslušný soud odmítne spor projednat, v řízení se objevily nepřiměřené průtahy, případně soud vykonává spravedlnost závažně chybným způsobem. Nejzávažnějším případem odepření spravedlnosti je pak přímé a úmyslné zneužívání práva soudem. V případě *Azinian v. Mexico* však tribunál naplnění žádného z uvedených znaků neshledal (par. 102-103). Viz. Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, str. 330

Současné investiční tribunály zastávají názor, že obsah mezinárodního minimálního standardu již není omezen tradičním konceptem tohoto režimu, protože se od doby vydání rozhodnutí ve věci *Neer* dále vyvíjel. Tribunál ve věci *Mondev*³¹ tak uvedl, že případy jako *Neer* se nezabývaly zacházením se zahraniční investicí jako takovou, ale fyzickou bezpečností cizince. Z tohoto důvodu není důvod se domnívat, že ustanovení dvoustranných investičních smluv či NAFTA, inkorporující zásady z rozhodnutí ve věci *Neer*, se omezují na standard uvedený v tomto rozhodnutí. Tento Tribunál proto uvedl, že obsah minimálního standardu nemůže být limitován obsahem obvyčejového mezinárodního práva, tak jak byl uznáván ve dvacátých letech 20. století.³² Tribunál rozhodující ve věci *ADF Group*³³ obdobně uvedl, že minimální standard obvyčejového mezinárodního práva není „statickou fotografií“ práva platného v době, kdy bylo vydáno rozhodnutí ve věci *Neer*, ale že jak obvyčejové mezinárodní právo tak i minimální režim zacházení se neustále vyvíjejí.³⁴ Nedávno však tribunál ve věci *Glamis*³⁵ naopak uvedl, že žalobce neprokázal, že se standard obvyčejového mezinárodního práva od rozhodnutí ve věci *Neer* vyvinul.³⁶ Domnívám se, že závěr tribunálu ve věci *Glamis* byl správný a že ochrana poskytovaná prostřednictvím minimálního standardu by neměla být rozšiřována za hranici tří resp. čtyř oblastí, které uvádí Sornarajah a OECD. Je třeba si uvědomit, že původní mezinárodní minimální standard byl vytvořen jako odpověď na nízkou úroveň ochrany poskytovanou národním režimem hostitelského státu. Cílem mezinárodního minimálního standardu tak bylo skutečně vytvoření minimální ochrany, pod kterou by nemělo zacházení s cizincem jít. Samotní tvůrci tohoto režimu následně došli k závěru, že ani ochrana poskytovaná na základě tohoto režimu není dostatečná. Neusilovali však o rozšíření rozsahu tohoto režimu pomocí

³¹ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (NAFTA). Rozhodnutí k dispozici na:

<http://ita.law.uvic.ca/documents/Mondev-Final.pdf> (stránka naposledy navštívena 19. 3. 2011).

³² *Mondev International Ltd. v. United States of America*, čl. 115 a 123

³³ *ADF Group Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1 (NAFTA), Award, 9 January 2003. Rozhodnutí k dispozici na:

http://ita.law.uvic.ca/documents/ADF-award_000.pdf (stránka naposledy navštívena 19. 3. 2011).

³⁴ Lad-Ojomo, O., What is the Distinction Between the Fair and Equitable Treatment Standard and Minimum Standard of Treatment Under Customary International Law. University of Dundee, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law Policy. 2009

³⁵ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), Award, 8 June 2009. Rozhodnutí k dispozici na:

http://ita.law.uvic.ca/documents/Glamis_Award_001.pdf

³⁶ Malnik, M., *Fair and Equitable Treatment*. Best Practices Bulletin # 3, International Institute for Sustainable Development. September 2009

argumentace založené na jeho tvrzeném vývoji, ale představili režim nový. Cílem představení nového režimu - režimu spravedlivého a nestranného zacházení bylo posílit ochranu poskytovanou zahraničnímu investorovi. Domnívám se, že představením tohoto moderního režimu vyspělé státy konkludentně připustily, že mezinárodní minimální standard poskytuje opravdu pouze základní ochranu, která se v čase významně nemění.

ZÁVĚR

Jak bylo demonstrováno výše je povaha mezinárodního minimálního standardu i po více než osmdesáti letech jeho aplikace značně kontroverzní. Jak jsem již zmínil, jsem zastáncem úzkého výkladu tohoto režimu. Rád bych však na tomto místě šel ještě o krok dále a argumentoval, že zakotvení tohoto režimu zacházení v současných mezinárodních investičních dohodách je nadbytečné.³⁷ Domnívám se, že pro tento závěr existují přinejmenším dva argumenty. Připustíme-li na okamžik, že se mezinárodní minimální standard skutečně již stal normou obyčejového mezinárodní práva, bude smluvní strany zavazovat bez ohledu na to, zda je v dohodě zakotven či nikoliv. V tomto případě by jeho zakotvení mělo ryze deklaratorní povahu. Domnívám se dokonce, že ani v případě, že se jedná pouze o normu smluvního práva a nikoliv normu mezinárodního obyčejového práva, není jeho uvedení v investiční dohodě nezbytné.

Vzhledem k tomu, že kombinace režimů zacházení obsažená v moderních mezinárodních investičních instrumentech (a zejména pak samotný režim spravedlivého a nestranného zacházení) poskytuje ochranu širší, nemůže mezinárodní minimální standard již investorovu ochranu nijak posílit. Domnívám se proto, že zakotvení tohoto režimu v současných dohodách nemá pro investora praktický přínos,³⁸ ale má charakter pouze tradičního prohlášení slibující investorovi, že s jeho investicí bude zacházeno v souladu s mezinárodním právem.³⁹

³⁷ S výjimkou případů, kdy je tento režim zakotven jako standard, jehož obsahem je i režim spravedlivého a nestranného zacházení a plné ochrany a bezpečnosti. (Pozn. autora).

³⁸ Cílem zakotvení odkazu na mezinárodní standard může být naopak snížení standardu zacházení poskytovaného hostitelským státem. Jestliže investiční dohoda uvádí, že obsahem mezinárodního minimálního standardu je i režim spravedlivého a nestranného zacházení a režim plné ochrany a bezpečnosti, které nemají být vykládány širěji než samotný mezinárodní minimální standard, mohlo být cílem této formulace posílení regulačních oprávnění hostitelského státu na úkor široké ochrany zahraničních investorů. O vztahu mezi mezinárodním minimálním standardem a režimy spravedlivého a nestranného zacházení a plné ochrany a bezpečnosti bude pojednáno níže. (Pozn. autora).

³⁹ Uvědomuji si, že tento závěr se zdá být v rozporu s judikaturou investičních tribunálů, která o mezinárodním minimálním standardu ve své praxi často hovoří. Tato skutečnost je však způsobena zejména závěrem některých tribunálů, že mezinárodní minimální standard

Literature:

- Eilmansberger, T., *Bilateral Investment Treaties and EU Law*. Common Market Law Review 46: 383-429, 2009
- Klein Bronfman, M. *Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 10, 2006, p. 609-680. 2006 Koninklijke Brill N.V. Printed in the Netherlands
- Lad-Ojomo, O., *What is the Distinction Between the Fair and Equitable Treatment Standard and Minimum Standard of Treatment Under Customary International Law*. University of Dundee, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law Policy. 2009
- Malnik, M., *Fair and Equitable Treatment*. Best Practices Bulletin # 3, International Institute for Sustainable Development. September 2009
- Mayeda, G., *Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*. Journal of World Trade 41(2): 273-291, 2007, Kluwer Law International. Printed in The Netherlands.
- OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment Number 2004/3. *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*. September 2004
- Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, ISBN 0 521 54556 0
- Wallace D. Jr., *Fair and Equitable Treatment and Denial of justice: Loewen v. US and Chatting v. Mexico*. Publikováno jako kapitola 18 v: International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the

je tvořen režimem spravedlivého a nestranného zacházení a režimem plné ochrany a bezpečnosti. Vzhledem k tomu, že tyto tribunály vykládají tyto dva režimy zacházení jako obsahový prvek minimálního standardu, přiznávají mu širší obsah, který však přísluší režimu spravedlivého a nestranného zacházení a režimu plné ochrany a bezpečnosti coby samostatným standardům. O vztahu těchto režimů k mezinárodními minimálnímu standardu bude blíže pojednáno níže. (Pozn. autora).

ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law.

Edited Toddem Weilerem, ISBN: 1-905017-07-3, Cameron May, 2005

Contact – email

romankalis@seznam.cz

VZNIK MEZINÁRODNÍ NORMOTVORBY V OBLASTI PRACOVNÍHO PRÁVA

JANA KOMENDOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Katedra pracovního práva a sociálního zabezpečení

Abstract in original language

Předkládaný příspěvek rozebírá počátky pracovněprávních standardů upravených na mezinárodní úrovni, zejména důvody vedoucí k jejich zakotvení, proces vedoucí k založení Mezinárodní organizace práce (dále jen MOP) a základní zásady, na kterých je MOP založena. Podává rovněž rozbor prvních požadavků mezinárodního práva, které zaručují minimální standardy pracovních podmínek.

Key words in original language

Pracovní podmínky; bezpečnost práce; Mezinárodní organizace práce; mezinárodní úmluvy; doporučení; odborové organizace; sociální spravedlnost; ochrana zaměstnanců.

Abstract

The present paper analyses the origins of minimum labour law standards at international level, in particular reasons leading to their establishment, the process leading to foundation of the International Labour Organisations (hereinafter ILO) and fundamental principles the ILO is based on. The first requirements concerning minimum standards of working conditions stated at international level are dealt in more details.

Key words

Working conditions; safety at work; International Labour Organisation; international conventions; recommendations; trade unions; social justice; protection of employees.

Úvod

Mezinárodní standardy v oblasti pracovního práva tvoří v současné době vysoce propracovaný systém norem mezinárodního práva, který pokrývá celou řadu oblastí týkajících se jak individuálního, tak kolektivního pracovního práva. Tento systém je určen státům, které se rozhodly přijmout závazky vyplývající z mezinárodních úmluv upravujících problematiku spojenou s výkonem práce. Kromě zajištění minimálních standardů v oblasti pracovního práva disponuje systém mezinárodních pracovněprávních norem vlastním kontrolním a sankčním mechanismem směřujícím vůči státům, které porušují závazky, k jejichž dodržování se zavázaly. Cílem tohoto příspěvku je postihnout příčiny a společenské jevy vedoucí k přijetí

mezinárodních norem, které se zabývají výkonem práce, a poukázat na specifický způsob tvorby těchto norem v historickém kontextu.

1. DŮVODY VEDOUCÍ K PŘIJETÍ MEZINÁRODNÍCH STANDARDŮ V OBLASTI PRACOVNÍHO PRÁVA

K prvním pokusům o zakotvení minimální úrovně pracovních podmínek pracujících v evropských zemích docházelo již koncem 18. a počátkem 19. století. V této době začaly vyspělé státy přijímat zákonodárství regulující některé otázky spojené s výkonem práce. Hlavní pozornost se soustřeďovala zejména na ochranu dětí při výkonu práce. Jako příklad normotvorby v této oblasti lze uvést dvorský dekret vydaný za vlády Josefa II (1786), jímž byly stanoveny základní požadavky na hygienu pro pracující děti. V roce 1802 schválil britský parlament zákon, který zakazoval, aby děti pracovaly déle než dvanáct hodin denně.

Důvodem pro přijímání legislativy týkající se pracovních podmínek byl zejména zhoršující se zdravotní stav dělníků, kteří tvořili nezanedbatelnou část obyvatelstva průmyslových zemí. „Nepříliš známou skutečností je, že mnoho mladých mužů z pracující třídy bylo shledáno neschopnými výkonu vojenské služby, což bylo dokladem jejich rychle se zhoršujícího zdravotního stavu zapříčiněného podmínkami, ve kterých žili a pracovali. Těžce pracující masy obyvatelstva byly postupně natolik fyzicky opotřebovány, že jejich stav mohl narušit výrobní a dokonce i strategické postavení dotčených států.“¹ Vyspělé průmyslové státy začaly postupně přijímat celou řadu sociálních opatření směřujících ke zlepšení pracovních podmínek.

Myšlenka vytvořit organizaci, která by se zabývala pracovněprávními otázkami na mezinárodní úrovni, však nevzešla z iniciativy vlád tehdejších států, nýbrž ze strany průmyslníků. Mezi významnými osobnostmi, jež se zasloužily o mezinárodní úpravu pracovních podmínek, lze zmínit waleského průmyslníka Roberta Owena (1771-1853) a člena Britského parlamentu Charlese Hindleyho (1796–1857). Ve Francii byl významným zastáncem mezinárodní úpravy pracovních podmínek alsaský průmyslník Daniel Legrand (1783-1859).

V roce 1890 se v Berlíně konala mezinárodní konference o pracovních podmínkách, jejímž hlavním iniciátorem byl německý král Vilém II. Kromě Německa se jí zúčastnili představitelé Rakouska-Uherska, Nizozemí, Belgie, Švédska, Dánska, Norska, Francie, Velké Británie, Itálie, Švýcarska, Lucemburska a Portugalska. Během následujících let se v Curychu a Bruselu konaly dvě mezinárodní konference zabývající se založením Mezinárodní asociace pro právní ochranu pracovníků. Tento subjekt, jež

¹ Servais, J.-M.: *International Labour Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, str. 21.

měl povahu soukromé asociace, která však byla podporována mnohými členy vlád tehdejších evropských zemí, vznikl v roce 1900. Činnost Mezinárodní asociace pro právní ochranu pracovníků se zaměřovala především na pravidelnou publikaci přehledu národního zákonodárství v oblasti pracovního práva.

2. PRVNÍ MEZINÁRODNÍ NORMY TÝKAJÍCÍ SE PRACOVNÍCH PODMÍNEK

Významným mezníkem v oblasti mezinárodního pracovního práva se stal rok 1906, kdy se z iniciativy švýcarské vlády konala mezinárodní konference v Bernu. Výsledkem této konference bylo přijetí dvou mezinárodních úmluv upravujících pracovní podmínky. První z nich se týkala zákazu noční práce žen v průmyslu, konkrétně obsahovala závazek smluvních stran provést zákaz noční práce žen bez rozdílu věku s výhradou několika výjimek. Mezi těmito výjimkami lze uvést podniky, kde bylo zaměstnáno deset a méně dělníků a dělnic, a podniky, ve kterých byli zaměstnání pouze členové rodiny. Smluvním stranám bylo ponecháno ustanovit, co se rozumělo průmyslovým podnikem. Vždy však za průmyslový podnik musely být považovány doly a lomy, jakož i obrábění a zpracování látek. Vnitrostátní zákonodárství mělo vymezit hranice mezi průmyslem na straně jedné a obchodem a zemědělstvím na straně druhé. Úmluva o zákazu noční práce žen v průmyslu obsahovala možnost zrušení zákazu noční práce žen v případě vyšší moci, kdy v některém podniku nastalo nepředvídatelné přerušení výroby a pro zpracování surovin nebo vyráběných předmětů, které byly podrobeny velmi rychlé zkáze, když bylo třeba ochránit tyto věci před nevyhnutelnou zkázou.

Druhá úmluva přijatá v roce 1906 v Bernu upravovala zákaz užívání bílého fosforu při výrobě zápalek.² V její preambuli vyjádřily smluvní strany přání usnadnit rozvoj ochrany dělnictva přijetím společných ustanovení. Uvedená úmluva obsahovala závazek smluvních stran zakázat na svém území výrobu dovoz a prodej zápalek obsahující bílý fosfor. Tento závazek měl být proveden potřebnými správními opatřeními. Úmluva o zákazu užívání bílého fosforu při výrobě zápalek obsahovala rovněž závazek států poskytnout si diplomatickou cestou potřebné informace o zákonech nebo předpisech týkajících se jejího předmětu, které již byly platné nebo měly být přijaty. Za zmínku stojí skutečnost, že ustanovení úmluvy o zákazu používání bílého fosforu při výrobě zápalek se obecně vztahovala pouze na území států, které ji podepsaly. V koloniích, državách nebo protektorátech byla prováděna pouze tehdy, pokud vláda mateřského státu učinila o této skutečnosti oznámení Spolkové radě Švýcarské.

² Pro svoji nažloutlou barvu bývá bílý fosfor označován také jako žlutý fosfor. Jedná se o vysoce reaktivní látku, které se již při pokojové teplotě slučuje s jinými látkami a vytváří jedovaté sloučeniny. Samotný bílý fosfor je rovněž jedovatý a na vzduchu samovznětlivý. Jeho používání v průmyslové výrobě způsobovalo u dělníků velmi těžké popáleniny.

3. ZALOŽENÍ MOP

Normotvorná činnost týkající se úpravy pracovních podmínek na mezinárodní úrovni, která byla započata v roce 1906, byla přerušena vypuknutím první světové války. Přestože ochrana pracujících ustoupila v důsledku válečného konfliktu do pozadí, lze právě toto období považovat za rozhodující pro vznik mezinárodní organizace, jejíž úlohou by bylo chránit pracovní podmínky. Během první světové války došlo k zapojení většiny práceschopného obyvatelstva do bojů a s nimi souvisejících činností, což přineslo ještě výraznější zhoršení pracovních podmínek pracujících, zejména dělníků ve zbrojním průmyslu. Důležitým faktorem byla rovněž činnost politických hnutí hájících práva pracujících a odborů, které byly již v té době organizovány na mezinárodní úrovni. Neopomenutelnou úlohu sehrál revoluční charakter některých z těchto subjektů a politický vývoj v Rusku v roce 1917. Postupně tak narůstal tlak na vlády zemí obou válčících stran i neutrálních států, aby ustanovení týkající se zlepšení podmínek pracujících byla součástí mírových smluv.

Po skončení první světové války byla ustanovena Komise mezinárodního pracovního zákonodárství, složená ze zástupců devíti států (Belgie, Kuba, Francie, Itálie, Japonsko, Polsko, Velká Británie, USA a Československo), jejímž předsedou byl předseda Americké federace práce Samuel Gompers. Výsledkem práce této komise bylo zařazení části XIII, týkající se práce do textu Versaillské mírové smlouvy.³ Její součástí je Ústava MOP jakožto úmluva zakládající tuto mezinárodní organizaci. Ústava MOP vymezuje zejména principy, na kterých je MOP založena, cíle své činnosti, orgány a jednací řád. V teorii mezinárodního práva bývá mezinárodní úmluva, kterou se zakládá mezinárodní organizace, chápána jako „akt smíšené povahy, na jehož základě je ustanoven soubor práv a povinností zavazujících nejen členské státy mezi sebou, nýbrž i státy a organizaci a naopak.“⁴

MOP byla založena jako organizace příslušející ke Společnosti národů, jejímž cílem bylo zajistit obecný mír. Již od jejího založení byla považována za subjekt mezinárodního práva tedy za organizaci, která má vlastní mezinárodně právní subjektivitu přisuzovanou mezinárodními organizacím. „Ta však není původní a neomezená, jako je tomu u států, nýbrž je odvozena od členů a omezena na plnění úkolů, které ji uložili.“⁵

³ V Československu byla Versaillská mírová smlouva vyhlášena ve Sbírce zákonů pod číslem 217/1921 jako Mírová smlouva mezi mocnostmi spojenými a sdruženými a Německem a protokol podepsané ve Versailles dne 28. června 1919.

⁴ Dupuy, P.-M.: *Droit international public*, Paris, Dallos, 1992, str. 99.

⁵ Potočný, M., Ondřej, J.: *Mezinárodní právo veřejné – zvláštní část*, 5. doplněné a rozšířené vydání, Praha, C-H-Beck, 2006, str. 263.

MOP byla od svého vzniku založena na myšlence, že obecný světový mír může spočívat jen na podkladě sociální spravedlnosti. Preambule Ústavy MOP poukazovala na skutečnost, že platné pracovní podmínky obsahovaly pro velký počet osob nespravedlnost, bídu a strádání, což působilo takovou nespokojenost, že obecný mír a soulad byly ohroženy a bylo naléhavé, tyto podmínky zlepšit. Sociální spravedlnosti mělo být dosaženo zlepšením pracovních podmínek, jako například úprava pracovní doby včetně ustanovení maximální délky denní a týdenní pracovní doby, regulace přísunu pracovních sil, opáření proti nezaměstnanosti, ustanovení dostatečného životního minima, ochrana zaměstnanců před pracovními úrazy a nemocemi z povolání, ochrana dětí, mladých lidí a žen a opatření pro seniory.

4. ZÁSADY, NA KTERÝCH JE MOP ZALOŽENA

Obecné zásady, které jsou základem pro činnost a fungování MOP, byly vymezeny zejména v čl. 427 Versaillské mírové smlouvy. Toto ustanovení obsahovalo demonstrativní výčet metod a principů, které měly být brány v úvahu při úpravě pracovních podmínek. Zvláště je zdůrazněna myšlenka, že práce nesmí být pokládána prostě za zboží nebo za předmět obchodu. Z dalších zásad lze zmínit:

- Právo spolčovací ke každému cíli nepřidávajícímu se zákonům, stejně pro zaměstnance i zaměstnavatele,
- Placení mzdy pracovníkům, jež by zajišťovala slušnou životní úroveň, přiměřenou době i zemi,
- Přijetí osmihodinného dne neb osmačtyřicetihodinného týdne za cíl, jehož mělo být dosaženo všude,
- Přijetí týdenního odpočinku nejméně čtyřiašestihodinného, který by měl, pokud možno, padnout na neděli,
- Odstranění dětské práce a závazek omezit práci mladých lidí obojího pohlaví do té míry, aby měli možnost pokračovat ve svém vzdělávání, a k tomu, aby se zajistil jejich tělesný vývoj,
- Zásada rovné mzdy bez rozdílu pohlaví za práci rovné hodnoty,
- Pravidla vydaná v každé zemi o pracovních podmínkách měla zabezpečovat slušné hospodářské zacházení se všemi pracovníky, kteří se v zemi zdržovali v souladu se zákonem,
- Povinnost státu organizovat dozorní službu, v níž měly být zastoupeny i ženy, aby se zajistilo provádění zákonů a předpisů o ochraně pracovníků.

Již od svého založení fungovala MOP na tzv. tripartitním principu, který byl zakotven v čl. 389 Versailleské mírové smlouvy. Tento princip znamenal, že v orgánech MOP nezasedali pouze zástupci vlád členských států, ale i zástupci zaměstnanců a zaměstnavatelů. Každý delegát účastnící se Schůze Valného shromáždění zástupců členů ať už zastupující zájmy státu či zájmy zaměstnanců nebo zaměstnavatelů mohl být doprovázen odbornými poradci, Tito poradci mohli být nejvýše dva pro každou z jednotlivých věcí, které byly dány na denní pořad zasedání. Čl. 389 Versailleské mírové smlouvy rovněž posiloval účast žen při činnosti MOP tím, že měly-li být předmětem jednání otázky týkající se zvláště zájmů žen, nejméně jedna z osob označených za odborné poradce musí být žena.

5. PRVNÍ MEZINÁRODNÍ ÚMLUVY PŘIJATÉ V RÁMCI MOP

První zasedání Mezinárodní konference práce se konalo v říjnu 1919 ve Washingtonu.⁶ "Mezinárodní konferencí (international conference) se rozumí shromáždění zástupců jednotlivých států zmocněných projednat a vyřešit určité otázky společného zájmu."⁷ Během jejího zasedání bylo přijato šest mezinárodních úmluv, jejichž předmětem byla pracovní doba v průmyslu, nezaměstnanost, ochrana mateřství, noční práce žen, minimální věk pro výkon práce a noční práce mladistvých v průmyslu.

5.1 ÚMLUVA Č. 1 O OMEZENÍ PRACOVNÍ DOBY V PRŮMYSLU NA 8 HODIN DENNĚ A 48 HODIN TÝDNĚ

Hned první úmluva přijatá v rámci MOP se týkala v tehdejší době pro většinu pracujících velmi důležité otázky pracovní doby. Československo tuto úmluvu ratifikovalo a byla vyhlášena pod číslem 80/1922 Sb.. Úmluva č. 1 se vztahuje na průmyslové podniky, které zahrnují mimo jiné doly, lomy a podniky těžařské všeho druhu, podniky, v nichž se vyrábějí, pozměňují či opravují výrobky, stavbu lodí, stavbu, přestavbu, udržování, nebo bourání všech staveb a budov, železnic, pouličních drah, přístavů, doků, hrází, kanálů a dalších zařízení, dopravu osob nebo zboží po cestách nebo železnicích. V každé zemi má být příslušným úřadem vymezena hranice mezi průmyslem z jedné strany a obchodem a zemědělstvím z druhé strany. Úmluva č. 1 obsahuje poměrně striktní požadavky na omezení pracovní doby, které jsou formulovány tak, že ve všech podnicích průmyslových, veřejných nebo soukromých, nebo v odděleních k nim přináležejících, jakéhokoliv druhu, vyjímaje podniky, v nichž jsou zaměstnání výhradně členové jedné a téže rodiny, nesmí délka pracovní

⁶ Teprve v létě 1920 byla jako trvalé sídlo MOP ustanovena Ženeva.

⁷ Potočný, M., Ondřej, J.: Mezinárodní právo veřejné – zvláštní část, 5. doplněné a rozšířené vydání, Praha, C-H-Beck, 2006, str. 265.

doby zřízenců převyšovat 8 hodin denně a čtyřicet osm hodin týdně.⁸ Z uvedeného pravidla jsou předpokládány určité výjimky například pro vedoucí pracovníky nebo při vzniku náhlé nepředvídatelné události.

Úmluva č. 1 jedna neukládá povinnosti pouze státům, ale i zaměstnavatelům. Každý zaměstnavatel má povinnost oznámit ve svém závodě, kdy začíná a kdy končí pracovní doba, nebo když se práce koná ve směnách, hodiny, kdy každé směná začíná a končí. Dále má zaměstnavatel povinnost oznámit povolené přestávky během pracovní doby, které se do ní nezapočítávají a zapisovat hodiny výkonu práce přesčas.

5.2 ÚMLUVA Č. 2 O NEZAMĚSTNANOSTI

Druhá z úmluv přijatých na zasedání Mezinárodní konference práce v roce 1919 ve Washingtonu se týkala dalšího z palčivých problémů, kterým byla nezaměstnanost. Tato úmluva ukládá každému členskému státu, který ji ratifikuje, povinnost oznámit Mezinárodnímu úřadu práce v co nejkratších lhůtách, nejdéle však do tří měsíců všechny dostupné informace, statistiky a další potřebné údaje týkající se nezaměstnanosti, včetně zpráv o opatřeních, která již byla přijata nebo mají být přijata v boji proti nezaměstnanosti. Každý členský stát, jež tuto úmluvu ratifikuje, je dále povinen zřídit soustavu bezplatných veřejných agentur práce, která budou pod kontrolou centrálního úřadu.

5.3 ÚMLUVA Č. 3 O OCHRANĚ MATEŘSTVÍ

Třetí z úmluv přijatých na prvním zasedání Mezinárodní konference práce se týkala ochrany mateřství.⁹ Úmluva č. 3 se vztahuje na oblast průmyslu. Jako ženu definuje každou osobu ženského pohlaví bez ohledu na věk nebo státní příslušnost, která je vdaná či nikoli. Pod pojmem dítě rozumí tato úmluva každé manželské i nemanželské dítě. Úmluva č. 3 stanoví zákaz práce žen v období šesti týdnů po porodu a právo ženy opustit zaměstnání, jestliže předloží lékařské potvrzení, z něhož vyplývá, že k porodu dojde pravděpodobně v období příštích šesti týdnů. Dále má mít žena, která je v období šesti týdnů před porodem a šesti týdnů po porodu nepřítomna v práci, právo na výplatu dávek pokrývajících její výživu i výživu dítěte. Tyto dávky mohou být poskytovány z veřejných fondů nebo na základě pojištění. Jejich konkrétní výši určí příslušný úřad každého státu.

⁸ Zajímavostí jsou výjimky stanovené pro provádění této úmluvy v Japonsko. Maximální délka stanovené týdenní doby zde byla pro každou osobu starší 15 let prodloužena na 57 hodin. V průmyslu surového hedvábí bylo dokonce povoleno pracovat až 60 hodin týdně.

⁹ Tato úmluva byla v roce 1952 revidována úmluvou č. 103.

5.4 ÚMLUVA Č. 4 O NOČNÍ PRÁCI ŽEN

Čtvrtou z úmluv, které byly přijaty na prvním zasedání Mezinárodní konference práce, byla úmluva o noční práci žen v průmyslu. Tato úmluva byla Československem ratifikována a vyhlášena pod číslem 81/1922 Sb. Podobně jako výše uvedená úmluva o omezení pracovní doby v průmyslu vymezuje úmluva č. 4 průmyslové podniky. Těmi se rozumějí mimo jiné doly, lomy a těžbařské podniky všeho druhu, podniky, v nichž se výrobky zhotovují, pozměňují, čistí, opravují, dokončují, připravují pro prodej, nebo v nichž se látky přeměňují, počítaje do toho stavbu lodí, podniky zabývající se bouráním hmot, podobně jako výroba, přeměna a převod hnací síly a elektřiny, stavba, přestavba, udržování, přizpůsobování nebo bourání všech staveb a budov, železnic, pouličních drah, přístavů, doků, hrází, kanálů, zařízení pro vnitrozemskou plavbu, cest, tunelů, mostů, sběracích stok, studní, zařízení telegrafů a telefonů, elektrických zařízení, plynáren, vodovodů nebo jiné stavební a přípravné práce.

Nocí se ve smyslu úmluvy č. 4 rozumí období alespoň 11 souvislých hodin, obsahující dobu mezi 10. hodinou večer a 5. hodinou ráno. Tato úmluva stanoví zákaz noční práce žen bez ohledu na jejich věk v průmyslových závodech, kromě závodů, kde jsou zaměstnání výhradně členové jedné a téže rodiny. Tento zákaz neplatí v případě vyšší moci, přihodí-li se v podniku porucha přechodní povahy, kterou nebylo možné předvídat, a v případě, kdy se jedná o zpracování surovin nebo polotovarů, které podléhají velmi rychlé změně, je-li nutno zachránit tyto látky před nevyhnutelnou zkázou. V zemích, kde podnebí velmi ztěžuje práci ve dne, může být noční doba kratší, než je stanoveno za podmínky, že se přizná náhradní doba denního odpočinku.

5.5 ÚMLUVA Č. 5, JÍŽ SE STANOVÍ NEJNIŽŠÍ VĚK DĚTÍ PRO VSTUP DO ZAMĚSTNÁNÍ V PRŮMYSLU

Pátá úmluva přijatá na zasedání Mezinárodní konference práce v roce 1919 ve Washingtonu upravovala nejnižší věk dětí pro vstup do zaměstnání v průmyslu. I tuto úmluvu Československo ratifikovalo a byla vyhlášena pod číslem 82/1922.¹⁰ Úmluva č. 5 upravuje zákaz práce dětí mladších 14 let v průmyslových závodech vyjma závodů, kde jsou zaměstnání výhradně členové jedné a téže rodiny. Uvedený zákaz neplatí pro práci dětí v odborných školách pod podmínkou, že práci schválil a dohlíží na ni veřejný úřad. Aby byl umožněn dozor nad prováděním ustanovení této smlouvy,

¹⁰ Pro Českou republiku byla tato úmluva zrušena sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 24/2008 Sb.m.s.

musí každý majitel průmyslového podniku vést záznam o všech osobách ve stáří do 16 let, které jsou u něho zaměstnané s udáním dne jejich narození.¹¹

5.6 ÚMLUVA Č. 6 O NOČNÍ PRÁCI MLADISTVÝCH V PRŮMYSLU

Poslední z úmluv přijatých na prvním zasedání Mezinárodní konference práce byla úmluva o noční práci mladých lidí v průmyslu. Tato úmluva byla v roce 1948 revidována úmluvou č. 90. Původní úmluva č. 6 stanovila zákaz práce v noci pro osoby mladší 18 let v průmyslu. Noc byla pro účely této úmluvy definována jako období nejméně jedenácti hodin po sobě jdoucích, které zahrnovalo dobu mezi desátou hodinou večerní a pátou hodinou ranní.

Závěr

Zvláštní povahu norem v oblasti pracovního práva lze spatřovat ve skutečnosti, že myšlenky na jejich zakotvení na mezinárodní úrovni se objevují již v době, kdy byly přijímány první zákonná opatření upravující ochranu pracujících na vnitrostátní úrovni. Samotná mezinárodní normotvorná související s úpravou minimální úrovně pracovních podmínek je vyvíjena již více než jedno století. Nejvýznamnějším normotvorným subjektem v oblasti mezinárodního pracovního práva je v současné době MOP. Ačkoli tato mezinárodní organizace působí jako jedna z odborných organizací OSN, sahá její normotvorná činnost již do období před založením OSN. V oblasti pracovního práva tak došlo k přijetí mezinárodních norem mnohem dříve než například v oblasti lidských práv souvisejících s výkonem občanských a politických práv. Zvláštní význam mezinárodní normotvorný týkající se výkonu práce lze spatřovat rovněž v poměrně konkrétní podobě požadavků na minimální standardy pracovních podmínek, které byly formulovány v prvních úmluvách MOP.

Literature:

- Alvarez, J. E.: International Organisations as Law-makers, Oxford, Oxford University Press, 2005, 660 stran, ISBN 0198765622;
- Bělina, M. a kol.: Pracovní právo - 4. doplněné a přepracované vydání, Praha, C-H-Beck, 2010, 575 stran, ISBN 9788074001864;
- Galvas, M. a kol.: Pracovní právo - 2. aktualizované a doplněné vydání, Brno, Masarykova univerzita, 2004, 671 stran, ISBN 8021035587;

¹¹ Pro provádění této úmluvy v Japonsku byly stanoveny určité výjimky. V průmyslových podnicích mohly být zaměstnány již děti od 12 let, pokud ukončily obecnou školu.

- Dupuy, P.-M.: Droit international public, Paris, Dallos, 1992, 529 stran, ISBN 2247013430;
- Kaczorowska, A.: Public International Law, third edition, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2005, 562 stran, ISBN 978-0-415-46350-8;
- Mlsna, P., Kněžínek, J.: Mezinárodní smlouvy v českém právu; teoretická východiska, sjednávání, schvalování, ratifikace, vyhlásování a aplikace, Praha, Linde, 2009, 605 stran, ISBN 9788072017836;
- Politakis, G.P.: Night of Work of Women in Industry: Standards and Sensibility, International Labour Riview, Vol. 140 (2001) No. 4, 26 stran, International Labour Organisation, Geneva, ISSN 1564-913X;
- Potočný, M., Ondřej, J.: Mezinárodní právo veřejné – zvláštní část, 5. doplněné a rozšířené vydání, Praha, C-H-Beck, 2006, 511 stran. ISBN 8071795364;
- Ranjeva, R., Cadoux, Ch.: Droit international public, Vanves, EDICEF, 1992, stran, ISBN 2850698164;
- Servais, J.-M.: International Labour Law, The Hague, Kluwer Law International, 2005, 346 stran, ISBN - 904112392.

Contact – email

Jana.Komendova@law.muni.cz

Systém „Rolled up holiday pay“ – obchádzanie práva na dovolenku

Peter Kotira

Právnická fakulta, Trnavská univerzita (Katedra pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia), Slovenská republika

Abstrakt

Autor sa v príspevku zaoberá rozborom systému „rolled up“ platieb počas čerpania dovolenky, ktorý bol veľmi rozšírený pre príležitostných zamestnancov alebo zamestnancov s krátkodobými zmluvami, ktorých zamestnávateľ zamestnával len niekoľko týždňov v roku. Rozoberá rozdielny výklad vnútroštátnej právnej úpravy pracovného času v rozhodnutiach britských súdov. Analyzuje judikatúru Súdneho dvora EÚ, približuje význam práva na čerpanie dovolenky a hmotného zabezpečenia počas jej čerpania. V závere načrtáva možné nebezpečenstvá, ktoré môžu vyplývať z uplatňovania tohto systému.

Kľúčové slová

Dovolenka za kalendárny rok, zamestnanci, britské súdy, právna úprava pracovného času, čerpanie dovolenky, platby za dovolenku

Abstract

The author in the article deals with the analysis of the „rolled up“ system of payments during the period of leave, which was widespread for casual employees or employees with short-term contracts, who the employer employed only a few weeks a year. He discusses the different interpretation of national working time legislation in the decisions of British courts. He analyzes case law of the European Court of Justice, approximates the importance of the right to take the leave and livelihoods during the drawdown. In conclusion, outlines the possible risks that may result from application of this system.

Key words

Annual leave, employees, the British courts, working time regulation, take the leave, payment for holidays

Systém „rolled up holiday pay“

Systém „rolled up holiday pay“ sa uplatňoval vo Veľkej Británii (ďalej len „VB“). Jedná sa o zarátavanie časti platieb za ročnú dovolenku do zamestnancovej hodinovej, dennej alebo týždennej mzdy.¹ To znamená, že zamestnanci nemali dostávať počas čerpania dovolenky žiadnu mzdu, lebo tá už bola zahrnutá v príslušných mzdách.

¹ Scrope, H., Barnett, D.: *Employment Law Handbook*, London: Law Society, 2008, s. 91, ISBN 978-1-85328-674-2

Účelom dovolenky je, aby zamestnanec načerpal a zregeneroval duševné a fyzické sily. Ústava Slovenskej republiky zaraďuje toto právo medzi hospodárske, sociálne a kultúrne práva a v zmysle čl. 36 písm. f) garantuje zamestnancovi najkratšiu prípustnú dĺžku platenej dovolenky na zotavenie.

Dovolenku môžeme vymedziť ako zákonom zaručené oslobodenie od pracovných povinností zamestnanca, ktoré slúži na zotavenie zamestnanca po vykonanej práci, v priebehu ktorého je zamestnanec zabezpečený náhradou mzdy vo výške jeho priemerného zárobku.²

Nárok zamestnanca na dovolenku zahrňuje v sebe dva podstatné obsahové prvky a to zabezpečenie pracovného voľna a hmotné zabezpečenie počas pracovného voľna.³ Aj keď sa označujú za dva samostatné prvky, sú spojené s realizáciou jedného ústavného práva.

Na právo na dovolenku sa nemožno pozeráť cez náhradu mzdy, ale ako na pracovné voľno zamestnanca na obnovenie zdravia a zotavenie. Nárok na dovolenku sa zásadne viaže na kalendárny rok. Vychádzajúc z hlavného účelu dovolenky, v priebehu dovolenky mnohé právne úpravy štátov Európskej únie zakazujú vykonávať pracovnú činnosť.⁴ V ustanoveniach Dohovoru MOP o každoročnej platenej dovolenke č. 52 z roku 1936 (ďalej len „Dohovor“) je obsiahnuté, že každá osoba, na ktorú sa vzťahuje tento Dohovor, má po jednom roku nepretržitej služby nárok na každoročnú platenú dovolenku v rozsahu najmenej šiestich pracovných dní. Osoby mladšie ako šesťnásť rokov, vrátane učňov, majú po jednom roku nepretržitej služby nárok na každoročnú platenú dovolenku v rozsahu najmenej dvanástich pracovných dní. V zmysle Dohovoru sa do každoročnej platenej dovolenky nezapočítavajú: sviatky verejne uznané a sviatky podľa miestnej obyčaje; prerušenie práce pre chorobu. Z Dohovoru ďalej vyplýva, že každá osoba, vyberajúca si dovolenku, musí dostávať po celú dobu tejto dovolenky buď obvyklú odmenu určenú spôsobom, ktorý ustanovuje vnútroštátne zákonodarstvo, zvýšenú o peňažný ekvivalent naturálnej odmeny, ak sa táto poskytuje alebo odmenu určenú kolektívnou zmluvou.

VB neratifikovala žiaden z dohovorov Medzinárodnej organizácie práce vrátane dohovorov, ktoré by sa týkali pracovného času. Pravdepodobne je to spojené s Britskou tradíciou kolektívnych zmlúv (*laissez-faire*). Legislatíva bola iba akýsi prechod, ktorým zamestnanci neboli dostatočne chránení pred vykorisťovaním.⁵

Dovolenka sa vo všeobecnosti ustanovovala v kolektívnych zmluvách, pričom zvyky, prax a zákony hrali druhoradú úlohu. Aj keď boli súčasťou nariadení mzdových výborov a Úradu pre poľnohospodárske mzdy, jedinými všeobecne záväznými boli „Bank Holidays“, ktoré boli

² Barancová, H., Schronk, R.: Pracovné právo, Bratislava: Sprint, 2004, s. 403, ISBN 80-89085-28-8

³ Barancová, H. a kol.: Pracovný pomer a poisťný systém, Trnava: SAV, 2008, s. 334, ISBN 978-80-224-1059-5

⁴ Tamže, s. 335

⁵ Davies, A.C.L.: Perspectives on Labour Law, Cambridge: The Press Syndicate of The University of Cambridge, 2004, s. 100-101, ISBN 0-521-60523-7

regulované Bankovým a finančným právnym predpisom (Banking and Financial Dealings Act) z roku 1971. „Továrňový zákon“ (Factories Act) z roku 1961 priznal zamestnancom pracovné voľno na vianočné sviatky, Veľký piatok (Good Friday) a Bankové prázdniny. Zamestnávateľ mohol tieto prázdniny nahradiť iným dňom v týždni, za predpokladu, že upozornil zamestnanca aspoň tri týždne vopred.⁶

Úprava ročnej dovolenky vo VB je v súčasnosti obsiahnutá v ustanoveniach predpisu Working Time Regulations (ďalej len „WTR“) prijatého v roku 1998.⁷ Tento predpis implementoval ustanovenia o dovolenke zo Smernice Rady 93/104/ES⁸ z 23. novembra 1993 o niektorých aspektoch organizácie pracovného času (OJ č. L 307/1993), (ďalej len „smernica“), ktorej tri roky trvajúci schvaľovací proces sprevádzali mnohé rozpory a diskusie. Z čl. 7 ods.1 smernice o pracovnom čase, ktorý upravuje ročnú dovolenku: „Členské štáty prijímú nevyhnutné opatrenia zabezpečujúce, že každý pracovník bude mať nárok na platenú ročnú dovolenku v trvaní najmenej 4 týždňov...“ a čl. 7 ods. 2 smernice: „Namiesto minimálnej doby ročnej platenej dovolenky nemôže byť vyplatená peňažná náhrada, s výnimkou prípadov skončenia pracovného pomeru.“ vyplýva, že účelom poskytnutia platenej dovolenky je zabezpečiť, aby zamestnanec čerpal dovolenku, na ktorú má nárok.

Slovenský právny poriadok upravuje dovolenku za kalendárny rok v Zákonníku práce (ďalej len „ZP“) v § 101 až 104 a náhradu mzdy za vyčerpanú dovolenku v § 116. Z ustanovenia § 116 ods.1 nevyplýva, kedy má byť zamestnancovi náhrada mzdy počas čerpania dovolenky poskytnutá. Náhrada mzdy podlieha právnemu režimu mzdy pokiaľ ide o jej splatnosť, výplatu a zrážky.⁹ V § 129 ods.1 ZP je ustanovené, že mzda je splatná pozadu za mesačné obdobie, a to najneskôr do konca nasledujúceho kalendárneho mesiaca, ak sa v kolektívnej zmluve alebo v pracovnej zmluve nedohodlo inak. Zamestnávateľ by sa teda mohol na základe kolektívnej zmluvy alebo priamo v pracovnej zmluve dohodnúť so zamestnancom na poskytnutí náhrady mzdy v ľubovoľnom období pred, počas čerpania alebo po vyčerpaní dovolenky. Až do rozhodnutia Súdneho dvora Európskych spoločenstiev (ďalej len „ESD“) vo veci C.D.Robinson-Stelle/R. D. Retail Services Ltd; Michael Jason Clarke/Frank Staddon Ltd; J.C. Caulfield a iní/Hanson Clay Products, pôvodne Marshalls Clay Products Ltd (C-131/04 a C-257/04) mohol byť tento systém náhrady mzdy za čerpanie dovolenky použitý aj u nás.

Vo VB je nárok na odmenu za čerpanie dovolenky obsiahnutý v čl. 16 ods. 1 a 5 WTR:

⁶ Bowers, J.: A practical approach to employment law, London: Financial Training Publication Limited, 1982, s. 42, ISBN 0-906322-11-1

⁷ Pozri čl. 13 Working Time Regulations 1998 No. 1833.

⁸ Smernica 93/104/ES bola doplnená a zmenená Smernicou 2003/88/ES.

⁹ Barancová, H., Schronk, R.: Pracovné právo, Bratislava : Sprint, 2007, s. 528, ISBN 978-80-89085-95-8

1. „Pracovník má nárok na peňažnú odmenu za každú dobu ročnej dovolenky, ktorú môže uplatniť podľa článku 13, pričom výška odmeny sa určí tak, že jeden pracovný týždeň zodpovedá jednému týždňu dovolenky.“
2. „Každá zmluvná odmena zaplatená pracovníkovi za dobu dovolenky oslobodzuje zamestnávateľa od povinnosti odmeňovať pracovníka podľa tohto článku za túto dobu; a naopak každá odmena zaplatená podľa tohto článku za dobu dovolenky oslobodzuje zamestnávateľa od povinnosti zaplatiť zmluvnú odmenu za túto dobu.“

Rôzny výklad týchto ustanovení viedol vo VB k zavedeniu a využívaniu systému „rolled up holiday pay“.

Jednou z najhorúcejších otázok týkajúcej sa poberania náhrady mzdy počas dovolenky je, či sa zamestnávateľ môže rozhodnúť, že zamestnancom náhradu mzdy počas čerpania dovolenky rozpočíta do častí, ktorými im zdvihne bežnú týždennú mzdu. Uvedenú prax kritizovali odborové organizácie, ktoré žiadali od vlády, aby prijala právne predpisy proti takýmto praktikám.¹⁰ Ďalšou otázkou je či si môže zamestnanec, ktorý už dostal platbu na základe systému „roll up“, nárokovať platby, pretože čerpá zákonnú dovolenku? Ako vyplynie aj z rozhodnutia ESD systém roll up holiday pay je síce protizákonný, ale zamestnanec už nemôže uspieť s nárokováním si platby za ročnú dovolenku druhý krát, ak mu bola vyplatená zrozumiteľne a prehľadne. Dôkazné bremeno je na zamestnávateľovi.¹¹

Tento spôsob sa používal ako náhrada mzdy počas čerpania dovolenky najmä pre príležitostných zamestnancov alebo zamestnancov s krátkodobými zmluvami, ktorých zamestnávateľ zamestnával len niekoľko týždňov v roku. Finančne mali takéto dohody dostať príležitostných zamestnancov do rovnakej pozície, v akej boli stáli zamestnanci, ktorí čerpali dovolenku obvyklým spôsobom.¹²

V prípade Marshalls Clay Products Ltd v Caulfield and Others, EAT identifikoval 5 typov „rolling-up“ ustanovení:

Zmluvy, ktoré sú „tiché“, pokiaľ ide o dovolenku

Zmluvy, v ktorých je vylúčená zodpovednosť za platbu dovoleniek

Zmluvy, v ktorých sú uvedené sadzby, ktoré zahrňujú odmenu za dovolenku, ale žiadna špeciálna odmena nie je indikovaná

Zmluvy, ktoré poskytujú základný plat navýšený o určitú sumu/ percento, so zreteľom na platbu dovolenky.

Zmluvy, v ktorých sú platby za dovolenku zahrnuté a vyplácané počas (okamžite pred alebo po) dovolenky.

¹⁰ Porter, A., Stothers, Ch. Paid Annual Leave in the United Kingdom: The Problem of Holiday Pay. In: Thomasmore [online]. [cit. 2010-10-05]. Dostupné na: <http://www.thomasmore.co.uk/ImageLibrary/Holiday%20Pay%20Article.pdf>

¹¹ Scrope, H., Barnett, D.: Employment Law Handbook, London: Law Society, 2008, s. 92

¹² Rolled-Up Holiday Pay. In: SMIB [online]. [cit. 2010-10-01]. Dostupné na internete: http://www.simpmar.co.uk/publications_smib.php?article_id=314_0

Zatiaľ čo prvé tri nie sú v súlade s WTR, posledné dve sú prípustné.¹³ Britské súdy¹⁴, ktoré sa zaoberali vo svojich rozhodnutiach systémom „rolled up holiday pay“ dospeli k rozdielnym stanoviskám. Základný problém spočíva v tom, či je tento spôsob výplaty náhrady mzdy zamestnancom prípustný a ak áno, tak či sa majú na takejto náhrade mzdy počas čerpania dovolenky dohodnúť zamestnanec so zamestnávateľom v zmluve alebo o nej jednostranne rozhodne zamestnávateľ.

Employment Tribunals vo veciach *Tompkins v Kurn a Johnson v Northbrook College* konštatovali, ak sa zamestnanci dohodli so zamestnávateľom, že časť zo zvýšenia mzdy bola použitá na splnenie zamestnávateľovho záväzku poskytnutia náhrady mzdy za dovolenku, tak bolo prípustné zvýšiť hodinovú mzdu a započítať túto platbu na krytie dovolenky za kalendárny rok a neplatiť zamestnanca za obdobie počas, ktorého čerpá dovolenku. Employment Tribunals vychádzali z čl.16 ods. 5 WTR, aplikovaním ktorého sa záväzok zamestnávateľa považuje za splnený. Uvedené rozhodnutia Employment Tribunals systém „rolled up holiday pay“ nepovažujú za odporujúci právu, pokiaľ k nemu došlo na základe dohody medzi zamestnávateľom a zamestnancom.

Vyššie uvedené tvrdenie podporil vo svojom rozhodnutí Employment Appeal Tribunal (ďalej len „EAT“) vo veci *Davies v MJ Wyatt*¹⁵. EAT dospel k záveru, že zníženie hodinovej mzdy bolo zamestnávateľom vykonané s cieľom zníženia nákladov na poskytnutie platenej dovolenky. Zníženie bolo vykonané jednostranne, teda nie na základe konsenzu alebo súhlasu zamestnancov. Toto zníženie bolo zamestnancom vnútené. EAT ďalej konštatuje, že Employment Tribunal (ďalej len „ET“), ktorý v tejto veci rozhodoval, pochybil vo výklade WTR, keď rozhodol, že jednostranne vykonaná zrážka zo mzdy zamestnanca, zbavuje zamestnávateľa zodpovednosti na poskytnutie platenej dovolenky podľa WTR.

Postup v prípade, ak zamestnávateľ neoznámil zamestnancom, že prechádza na uplatňovanie systému „rolled up holiday pay“, ktorý navyše nemá nikde zadokumentovaný, sa riešil vo veci *Blackburn v Gridquest t/a Select Employment*.¹⁶ ET z vyššie uvedeného dôvodu rozhodol v prospech zamestnancov. ET v rozhodnutí konštatuje, že uplatnenie systému „rolled up holiday pay“ nebolo súčasťou pracovných zmlúv a z tohto dôvodu konanie zamestnávateľov je v rozpore s ustanovením čl. 16 odsek 4 WTR, ktorý hovorí, že: „Právo na zaplatenie na základe odseku 1 sa nedotýka žiadneho práva pracovníka na odmenu stanovenú v jeho pracovnej zmluve („zmluvná odmena“)“. Avšak EAT nesúhlasil s týmto odôvodnením, pridržiujúc sa toho, že ET nezodpovedal otázku, či do hodinovej mzdy bola

¹³ Ramsey, V., Telford, T.: *Construction Law Handbook*, London: Thomas Telford Publishing, 2007, s. 397-398, ISBN 978-0-7277-3485-3

¹⁴ Vo Veľkej Británii rozhodujú v pracovnoprávných sporoch špecializované súdy na 1.stupni Employment Tribunal a na 2. stupni Employment Appeal Tribunal.

¹⁵ Pozri celé rozhodnutie Employment Appeal Tribunal z 13. júla 2000, case number: [2000] EAT 1262_99_1307, Appeal No. EAT/1262/99.

¹⁶ **Spracované rozhodnutia Employment Appeal Tribunal z 1. Novembra 2001, case number: [2001] UKEAT 598_00_0111, Appeal No. EAT/598/00 a England and Wales Court of Appeal (Civil Division) z 23 Júla 2002, case number: A1/2001/2714.**

skutočne zahrnutá časť platby určenej pre náhradu mzdy počas čerpania dovolenky. Z tohto dôvodu mu vrátil prípad na vymedzenie tejto otázky a ak rozhodne kladne, má počítať príplatok k mzde určenej ako platbu na dovolenku tak, že zamestnávateľ si splnil svoju povinnosť podľa čl. 16 WTR. Odvolací súd tvrdí, že zamestnávateľ by mal mať príležitosť na preukázanie, že „roll up“ navýšenie platu zahŕňa príslušnú časť náhrady mzdy za čerpanie dovolenky a bola skutočne uhradená zamestnancom. Preukázanie tohto nároku je určujúce pre rozhodnutie v tejto veci, bez ohľadu na to, či tento spôsob odmeňovania bol súčasťou pracovnej zmluvy. Neúspech pri dokázaní tohto záveru by podľa názoru EAT penalizoval zamestnávateľov, ktorí sa snažia postupovať v súlade s platným právom oproti zamestnávateľom, ktorí nerobia nič. EAT argumentuje tiež tým, že platba „roll up“ je v podstate bežná v priemysle a je zahrňovaná aj do kolektívnych zmlúv. Vo veci nakoniec rozhodoval England and Wales Court of Appeal (Civil Division)¹⁷. Ten rozhodol, že čl. 16 ods. 5 WTR nepriznáva právo výlučne zamestnávateľovi, ale odkazuje na "zmluvnú" odmenu za dobu dovolenky. Ak zamestnanec nesúhlasí s tým, aby v sume, ktorá mu bola zaplatená bola obsiahnutá časť sumy určená ako časť náhrady mzdy za čerpanie dovolenky, tak sa to nemôže stať súčasťou pracovnej zmluvy. Odmena podľa zmluvy je teda za odpracovanú týždennú prácu. Vo veci *McCarthy v Blue Sword*¹⁸ EAT nasledoval rozhodnutie Griquest, pridržujúc sa toho, že domnelé ustanovenia o „rolled up holiday pay“ v dokumente Registration and Safety Induction Card, ktorý bol prijatý v rámci vnútorných predpisov zamestnávateľa, až potom ako boli pracovníci zamestnaní, nezakladajú dohody medzi zamestnancami a ich zamestnávateľmi a zamestnávateľ sa nemôže spoliehať na to, že tým neporušuje zákon.

K nejednotnosti súdnych rozhodnutí vo VB prispel aj Škótsky EAT vo veci *MPB Structure Ltd v Munro*.¹⁹ Pán Munro bol zamestnaný MPB Structures

¹⁷ Court of Appeal je odvolací súd, ktorý je rozdelený na dve kolégiá - občianskoprávne a trestnoprávne, a zvyčajne sídli v Londýne. Občianskoprávne kolégium, ktorému predsedá najvyšší sudca (Lord Chief Justice), prejednáva odvolania proti odsúdeniu a proti trestu podané osobami, ktoré odsúdil alebo ktorým vymeral trest Korunný súd. Odvolací súd má právomoc zrušiť alebo potvrdiť rozsudok alebo nariadiť obnovenie konania a pri odvolaní proti trestu zmeniť trest (ale nie sprísniť ho). Ak však záležitosť postúpi pred Odvolací súd generálny prokurátor (Attorney General), Odvolací súd má právo sprísniť trest, ak ho považuje za neprimerane zhovievavý. V trestnoprávnom kolégiu Odvolacieho súdu zvyčajne zasadať spolu traja sudcovia, ktorí vydajú len jeden rozsudok. Občianskoprávne kolégium, ktorému predsedá predseda občianskoprávneho kolégia (Master of the Rolls), prejednáva odvolania hlavne proti rozhodnutiam Vrchného súdu a grófskych súdov. Jeho sudcovia môžu pri prejednávaní nariadiť akékoľvek opatrenie, o ktorom rozhodnú, že malo byť prijaté nižším súdom. V niektorých prípadoch sa nariadi obnovenie konania. Odvolací súd zriedka vypočúva svedkov. Rozhodnutia sa zvyčajne zakladajú na dokumentoch, zápisoch z predchádzajúcich vypočúvaní a argumentoch právnikov zastupujúcich strany. Na Odvolacom súde zvyčajne zasadať spoločne traja sudcovia, z ktorých každý môže vydať rozsudok. Rozhodnutím súdu je väčšinové stanovisko.

¹⁸ Pozri rozhodnutie Employment Appeal Tribunal zo 14. júla 2003, case number: [2003] UKEAT 0223_03_1407, Appeal No. EAT/1262/99.

Ltd. Jeho mzda bola vo výške 10 libier na hodinu, pričom obsahovala aj časť platby za dovolenku. V jeho pracovnej zmluve bolo uvedené, že je sám zodpovedný za odkladanie si takto navýšených platieb, aby bol zabezpečený počas čerpania dovolenky. Spoločnosť MBP prijalo takéto dojednania z administratívnych dôvodov a nie aby obchádzali ustanovenia WTR. Pán Munro s tým dojednaním súhlasil.²⁰ EAT v danej veci rozhodol, že ustanovenie o používaní systému „rolled up holiday pay“, ktoré síce bolo zahrnuté do zmluvy na základe konsenzu medzi zamestnancom a zamestnávateľom, obmedzuje účinnosť právnych ustanovení WTR. Pre EAT je jasné, že základný cieľ ustanovení WTR je ochrana práva zamestnanca na primeranú ročnú dovolenku a aby mal počas nej nevyhnutné prostriedky na zabezpečenie primeranej životnej úrovne. EAT sa domnieva, že preniesť riziko zachovávania finančných prostriedkov pre účely čerpania ročnej dovolenky na zamestnancov, môže spôsobiť problém adekvátneho zabezpečenia zamestnanca počas obdobia. Podľa názoru EAT by mal mať zamestnanec dostatočné zabezpečenie ako ekvivalent týždennej mzdy počas dovolenky. EAT považuje za naplnenie ustanovení a myšlienky WTR, keď platba za dovolenku sa zamestnancovi poskytne počas čerpania dovolenky.

Súdy v prípadoch *Marshall's Clay Products Ltd v Caulfield and Others*, *Robinson-Steele v RD Retail Services* a *Michael Jason Clarke v Frank Staddon Ltd* podali prejudiciálne otázky na ESD, pre posúdenie súladu systému „rolled up holiday pay“ s právom Spoločenstva.

Vo veci *Marshall's Clay Products Ltd v Caulfield and Others*²¹ bola nesporná existencia dohody, podľa ktorej sadzby platené za každú odpracovanú hodinu (vrátane nadčasov) zahrňovali stanovenú sumu započítavanú do náhrady mzdy počas čerpania dovolenky („rolled-up holiday pay“). Spoločnosť Marshall Clay bola výrobná spoločnosť, s nepretržitou prevádzkou. Podnikala v oblasti výroby materiálov z pálenej hliny – terakoty – pre stavebný priemysel. J. C. Caulfield, C. F. Caulfield a pán Barnes (ďalej len „Caulfield a i.“) boli pracovníkmi tohto podniku ako nešpecializovaní robotníci. Výsledkom dlhotrvajúcej praxe a dohôd s príslušnými odborovými organizáciami, boli dojednania, ktoré zamestnancom upravovali prácu na štyri dni a štyri dni voľna. Individuálne pracovné zmluvy zamestnancov boli označené nadpisom „CONTRACT

¹⁹ Spracované rozhodnutie Scottish Employment Appeal Tribunal z článku Porter, A., Stothers, Ch.: Paid Annual Leave in the United Kingdom: The Problem of Holiday Pay. In: Thomasmore_____[online]. [cit. 2010-10-05]. Dostupné na: <http://www.thomasmore.co.uk/ImageLibrary/Holiday%20Pay%20Article.pdf>

²⁰ Hammonds: Working Time Regulations, London: Cromwell Press, 2003, s.30-34, ISBN 1-84398-008-8 Dostupné na: http://books.google.com/books?id=ZQg8IRmykQC&printsec=frontcover&dq=Hammonds:+Working+Time+Regulations&hl=sk&ei=JRKwTeiJMOLX4wbTnf2LDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q&f=false

²¹ Spracované rozhodnutie Employment Appeal Tribunal z 24. júla 2003, case number: [2003] UKEAT 0198_03_2407, Appeal No. EAT/0198/03, 0392/03; EAT/0589/02; 0900/02; 1447/01.

TYPE – WORKS 4 on/4 off Days”. Čo v praxi znamenalo, že každý pracovník pracoval štyri dni, po ktorých nasledovali štyri dni pracovného odpočinku. V odseku 8 každej pracovnej zmluvy bolo obsiahnuté ustanovenie týkajúce sa dovolenky: „Nepracovné dni zahrnuté do vašich rozvrhov práce zahŕňajú váš nárok na dovolenku a dni odpočinku, ako bolo stanovené v čase začatia tohto pracovného modelu. Navyše máte nárok na dva dni osobného voľna, ktorý môžete čerpať cez rozvrhnutý pracovný deň na základe dohody s vašim supervízorom/manažérom. Taktiež ste oprávnený na 2 dni počas Štedrého dňa a na Nový rok.“ Navyše spoločnosť Marshalls Clay uzavrela s odborovou organizáciou GMB kolektívnu zmluvu²², ktorej ustanovenia boli pre zamestnávateľov nevýhodné a bola začlenená do pracovnej zmluvy každého zamestnanca. ET označil ustanovenie o „rolled up holiday pay“, ktorá bola súčasťou zmluvy za protiprávnu, proti tomuto rozhodnutiu podala spoločnosť Marshall Clay odvolanie. EAT vo svojom rozhodnutí tvrdí, že nedošlo k rozporu s čl. 16 ods.1 WTR ako požadujú zamestnanci, teda že náhrada mzdy určená na dobu čerpania dovolenky mala byť poskytovaná bezprostredne pred, po alebo počas tohto obdobia. Ustanovenie systému „rolled up holiday pay“ v zmluve podľa názoru EAT presne identifikuje čiastku, o ktorú sa navyšuje základný plat a nie je v rozpore s WTR. Zamestnanci podali opravný prostriedok na Court of Appeal (England & Wales), (Civil Division), ktorý sa rozhodol prerušiť konanie a položiť ESD tieto prejudiciálne otázky:

- „1. Spôsobuje zmluvná dohoda medzi pracovníkom a zamestnávateľom, ktorá určuje, že určitá časť mzdy zaplatená pracovníkovi predstavuje jeho odmenu za dovolenku (dohoda bežne označovaná ako „rolled-up holiday pay“) porušenie práva pracovníka dostať odmenu za jeho ročnú dovolenku, ako to stanovuje čl. 7 smernice..., ktorá sa týka určitých aspektov organizácie pracovného času?
2. Bola by odpoveď na prvú otázku odlišná, pokiaľ by výška odmeny pracovníka bola rovnaká pred a po nadobudnutí účinnosti predmetnej záväznej dohody a ak by preto účinkom dohody nebolo stanovenie dodatočnej odmeny, ale skôr určenie časti mzdy zaplatenej pracovníkovi ako odmeny za dovolenku?
3. Ak by odpoveď na prvú otázku bola kladná, bolo by právo na ročnú platenú dovolenku, ako ho zakotvuje čl. 7 smernice, porušené, pokiaľ by sa zohľadnila táto platba s cieľom dať ju do spojitosti s právom, ktoré vyplýva zo smernice?
4. Vyžaduje splnenie povinnosti vyplývajúcej z čl. 7 smernice..., že každý pracovník má nárok na ročnú platenú dovolenku v dĺžke aspoň štyroch

²² Úsek zo znenia kolektívnej zmluvy: „V súčasnosti majú robotníci v Accrington nárok na 31 dní platenej dovolenky za rok (za 29 dní dovolenky). Toto predstavuje 13,36 % ďalších pracovných dní (232). Hodinová mzda zahŕňa, vo výške 13,36 %, dovolenkú odmenu. Hodinová mzda sa uplatňuje tiež na nadčasové hodiny tak, že keď pracovníci odpracujú nadčasové hodiny, získajú v závislosti od odpracovaných nadčasových hodín, čo je tiež predmetom uvedenej kolektívnej zmluvy, príplatok vo výške 30, 50 alebo 100 % základnej mzdy a dovolenkovej odmeny.“

týždňov, aby sa platba za výplatné obdobie v prospech pracovníka uskutočnila v dobe, v ktorej čerpá svoju ročnú dovolenku, alebo stačí na dodržanie čl. 7 to, že uvedená platba sa uskutočňuje v priebehu celého roka vo forme pravidelných platieb?“

Vo veci Robinson-Steele v RD Retail Services ²³ spoločnosť Retail Services poskytovala služby, vykonávané svojimi zamestnancami, veľkým podnikom z odvetvia malopredaja. Pracovníci plnili pracovné úlohy spočívajúce v zariaďovaní obchodov a plnení regálov. Pán Robinson-Steele pracoval buď v dvanásťhodinových pracovných zmenách počas piatich dní, alebo v dvanásťhodinových nočných zmenách počas štyroch dní, a to počas celej existencie pracovnoprávneho vzťahu s výnimkou vianočného dovolenkového týždňa v roku 2002, za ktorý nebol samostatne odmenený. Ustanovenia pracovnej zmluvy sa menili v priebehu obdobia trvania pracovnoprávneho vzťahu. Od 29. júna 2003 boli pracovnoprávne vzťahy upravené zmluvou nazvanou „Podmienky uplatniteľné na zamestnávanie dočasných zamestnancov“. Dôležité ustanovenie tejto zmluvy určovali: „Právo na platenú dovolenku vzniká úmerne trvale odpracovanému času dočasným zamestnancom v priebehu roka, počas ktorého vzniká nárok na čerpanie dovolenky. Dočasný zamestnanec súhlasí s tým, že platba zodpovedajúca právu na platenú dovolenku sa urobí súčasne s výplatou jeho hodinovej mzdy, ku ktorej sa prirába sadzba vo výške 8,33 % hodinovej mzdy.“ Dňa 14. januára 2004 pán Robinson-Steele podal na ET žalobu, v rámci ktorej uviedol, že pracoval počas 20 mesiacov pre Retail Services a pokiaľ ide o ročnú platenú dovolenku, táto mu bola platená len ako „rolled up holiday pay“. Čo znamená, že vo väčšine prípadov žiadna dovolenka nebola čerpaná, keďže nebola platená okamžite pred alebo po, alebo ešte počas dovolenky. ET konštatuje, že obsah súdneho rozhodnutia bude závisieť od odpovede na otázku, či rozpor s WTR spočíva v tom, že zamestnávateľ odmietol dať pánovi Robinson-Steele súhlas na výkon jeho práva na ročnú dovolenku, alebo či toto porušenie spočíva v tom, že zamestnávateľ nezaplatil úplne alebo časť sumy dlžnej ako náhradu mzdy za ročnú dovolenku. ET poučený z predchádzajúcich rôznych výkladov smernice súdmi Veľkej Británie v obdobných prípadoch prerušil konanie a predložil, v zmysle čl. 234 Zmluvy o Európskom spoločenstve, prejudiciálne otázky:

1. Sú s čl. 7 smernice zlučiteľné ustanovenia vnútroštátneho práva, ktoré umožňujú to, že platba za ročnú dovolenku je zahrnutá do hodinovej mzdy pracovníka a je zaplatená ako časť odmeny za pracovný čas, ale nie je zaplatená z dôvodu skutočne čerpanej doby dovolenky pracovníkom?
2. Odporuje čl. 7 ods. 2 smernice, aby vnútroštátny súd započítal zamestnávateľovi takúto platbu, keď sa snaží poskytnúť žiadateľovi účinnú právnu ochranu v súlade s právomocami, ktoré mu vyplývajú z vnútroštátnej právnej úpravy?

Uznesením predsedu Súdneho dvora zo 7. septembra 2004 boli veci C.D.Robinson-Stelle/R. D. Retail Services Ltd; Michael Jason Clarke/Frank

²³ Spracované rozhodnutie súdu Employment Tribunal z 9. Marca 2004, case number: 1800174/2004.

Staddon Ltd; J.C. Caulfield a iní/Hanson Clay Products, pôvodne Marshalls Clay Products Ltd (C-131/04 a C-257/04) spojené na spoločné konanie. V rozhodnutí ESD pripomína, že právo na platenú ročnú dovolenku musí byť považované za mimoriadne dôležitú zásadu sociálneho práva Spoločenstva, od ktorej sa nemožno odchyliť a ktorú príslušné vnútroštátne orgány môžu uplatňovať len v medziach výslovne vytýčených samotnou smernicou. Platba za dovolenku zakotvená v čl. 7 ods. 1 smernice je zameraná na to, aby pracovník mohol skutočne čerpať dovolenku, na ktorú má nárok. Pojem „ročná platená dovolenka“ uvedený v tomto ustanovení znamená, že musí byť zachovaná odmena za dobu ročnej dovolenky v zmysle smernice. Inak povedané, pracovníkovi musí byť vyplatená bežná odmena za túto dobu pracovného odpočinku. Za týchto podmienok sa treba domnievať, že dohoda, na základe ktorej suma zaplatená pracovníkovi na jednej strane ako odmena za vykonanú prácu a na strane druhej ako čiastočná platba minimálnej ročnej dovolenky, pokiaľ by bola zhodná so sumou ako jedinou odmenou zaplatenou za vykonanú prácu pred nadobudnutím účinnosti tejto zmluvy, by viedla k zbaveniu podstaty práva pracovníka na ročnú platenú dovolenku zakotveného v čl. 7 smernice, a to v dôsledku zníženia sumy tejto odmeny. Takýto výsledok by bol v rozpore s ustanovením čl. 18 ods. 3 smernice.²⁴ ESD ďalej konštatuje, že čl. 7 ods. 1 smernice odporuje, keď časť mzdy zaplatená pracovníkovi za vykonanú prácu je určená ako platba za ročnú dovolenku bez toho, aby pracovník dostal z tohto dôvodu osobitnú platbu spolu s odmenou za vykonanú prácu. Zmluvnou dohodou nie je možné odkloniť sa od tohto práva.

Na prejudiciálnu otázku, či čl. 7 smernice odporuje, že platba za minimálnu ročnú dovolenku v zmysle tohto ustanovenia je vyplácaná v splátkach rozvrhnutých na zodpovedajúce ročné pracovné obdobie a tieto splátky sú vyplácané spolu s odmenou za vykonanú prácu a nie tak, že platba za minimálnu ročnú dovolenku je vyplácaná počas stanoveného obdobia, v priebehu ktorého pracovník skutočne čerpá dovolenku, ESD uvádza, že žiadne ustanovenie smernice výslovne neurčuje čas, kedy má byť platba za ročnú dovolenku urobená. V súlade s čl. 7 ods. 1 smernice členské štáty prijímú nevyhnutné opatrenia preto, aby pracovníci mali právo na ročnú platenú dovolenku v trvaní aspoň štyroch týždňov, v súlade s podmienkami jej získania a priznania, stanovenými vnútroštátnymi právnymi predpismi a praxou. Stanovenie doby, kedy má byť platba urobená, patrí medzi tieto podmienky. V tejto súvislosti členské štáty musia vykonávať dohľad nad tým, aby tieto vnútroštátne vykonávacie opatrenia zohľadňovali obmedzenia vyplývajúce zo samotnej smernice.

Podľa ESD smernica chápe právo na ročnú dovolenku a právo na získanie platby z tohto dôvodu ako dve zložky jediného práva. Cieľom požiadavky platiť dovolenku je to, aby pracovník počas čerpania zmienenej dovolenky bol v porovnateľnej mzdovej situácii ako počas obdobia, keď plní pracovné úlohy. Preto bez toho, aby tým boli dotknuté priaznivejšie ustanovenia na základe čl. 15 smernice²⁵, čas, kedy má byť platba za ročnú dovolenku

²⁴ Pozri znenie čl. 18 ods.3 v Smernici Rady 94/104/ES.

²⁵ Pozri znenie čl. 15 v Smernici Rady 94/104/ES.

urobená, musí byť stanovený tak, že počas čerpania dovolenky je pracovník v porovnateľnej mzdovej situácii, ako počas obdobia, keď plní pracovné úlohy. Okrem toho treba vziať do úvahy tú skutočnosť, že na základe čl. 7 ods. 2 smernice minimálna doba ročnej platenej dovolenky nemôže byť nahradená finančnou náhradou okrem prípadu skončenia pracovnoprávneho vzťahu. Zmyslom tohto zákazu je zabezpečiť, aby pracovník mohol skutočne oddychovať bez toho, aby si musel robiť starosti týkajúce sa účinnej ochrany svojej bezpečnosti a svojho zdravia.

ESD ďalej tvrdí, že systém „rolled up holiday pay“ by mohol viesť k situáciám kedy bez splnenia podmienok stanovených čl. 7 ods. 2 smernice, bolo minimálne obdobie ročnej platenej dovolenky nahradené finančnou náhradou. Dodáva, že čl. 7 smernice nie je uvedený medzi ustanoveniami, od ktorých sa možno odchýliť na základe výslovného ustanovenia zmluvy. Preto nie je dôležité, či právny režim platenej ročnej dovolenky spočíva alebo nespočíva na zmluvnej dohode.

Z vyššie uvedených úvah vyplýva, že platba náhrady mzdy za minimálnu ročnú dovolenku prostredníctvom systému „rolled-up holiday pay“ a nie prostredníctvom zaplatenia z dôvodu určeného obdobia, v priebehu ktorého zamestnanec skutočne čerpá dovolenku, je v rozpore so smernicou o pracovnom čase.

Aj keď ESD rozhodol, že rolled up holiday pay sú nezákonné, v prípadoch keď zamestnávateľa pred rozhodnutím používali systém roll up a platby boli vyplácané transparentným a zrozumiteľným spôsobom, tak že zamestnanci môžu identifikovať čo je mzda a čo je platba za dovolenku, platba môže byť započítaná aj pre budúci dovolenkový nárok.²⁶ Naopak takéto použitie a započítanie je vylúčené v prípade neprehľadnosti alebo nezrozumiteľnosti. Dôkazné bremeno v tejto súvislosti leží na zamestnávateľovi. ESD zdôrazňuje, že členské štáty sú povinné prijať primerané opatrenia s cieľom zabezpečiť, aby sa neopakovali postupy nezlučiteľné s ustanoveniami smernice o práve na ročnú dovolenku.

Niektorí zamestnávateľa si rozhodnutie vyložili tak, že založili zamestnancom samostatný bankový účet, na ktorý im poukazujú roll up platby, avšak tie im sú vyplácané až počas dovolenky alebo pri skončení pracovného pomeru.²⁷

Polemiku by vyvolávala situácia, kedy by britský zákonodarcu upravil, znenie WTR tak, že by ponechal možnosť odkloniť sa od ustanovení zákona pokiaľ by sa tak zamestnanec a zamestnávateľ dohodli. Podobný postup zvolila VB pri úprave 56 hodinového pracovného času. Tu okrem vymedzenia kategórii, pri ktorých je možné dohodnúť 56 hodinový týždenný pracovný čas, umožnila jednotlivcom, aby sa dobrovoľne rozhodli či chcú pracovať viac ako 48 hodín týždenne a dovoľuje zamestnávateľom uzatvárať kolektívne zmluvy s odborovými organizáciami s rovnakými dôsledkami. Toto ustanovenie je veľmi sporné a je predmetom

²⁶ Keenan, D.: *Smith and Keenan's English law: text and cases*, London: Copyright Licensing Agency Ltd, 2007, s. 433, ISBN 978-1-4058-4618-9

²⁷ Scrope, H., Barnett, D.: *Employment Law Handbook*, London: Law Society, 2008, s. 92

preskúmania Radou Európskej únie.²⁸ V danom prípade VB opäť obchádza ustanovenia smernice o pracovnom čase. Kedy prenáša možnosť rozhodnutia sa na dohodu medzi zamestnávateľom a zamestnancom, pričom nezohľadňuje ich faktickú a aj právnu nerovnosť.

Záver

Systém „rolled up holiday pay“ nie je vhodný nasledovania do budúcnosti. Poukazoval však na nejednoznačný výklad niektorých ustanovení Smernice o pracovnom čase, o čom svedčia aj rozporuplné stanoviská britských súdov. Daný systém sa používal vo Veľkej Británii až do rozhodnutia Súdneho dvora Európskych spoločenstiev. Ani na území Slovenskej republiky jeho aplikovaniu nebránilo žiadne ustanovenie Zákonníka práce. Na otázku správnosti alebo nesprávnosti tohto systému je potrebné najskôr zodpovedať otázku, či je alebo nie je v prospech zamestnancov. Veľmi často pri ňom vzniká nebezpečenstvo, že zamestnanec si na jednej strane dovolenku v snahe o čo najväčší zárobok nikdy nevyčerpá. Na strane druhej si bude musieť vytvárať pravidelnú rezervu z predchádzajúcich miezd a hrozí mu riziko, že pokiaľ si ju nevytvára, môže to výrazne znížiť jeho životnú úroveň počas čerpania dovolenky. Systém „rolled up holiday pay“ má spoločné črty s iným postupom, ktorý je tiež v rozpore s právom Spoločenstva. Jedná sa o postup, keď sa zamestnancovi, ktorý si nevyčerpá dovolenku a nebol s ním skončený pracovný pomer, vyplátí náhrada mzdy za nevyčerpanú dovolenku namiesto toho, aby sa mu čerpanie poskytlo neskôr.²⁹ Protiotázka môže smerovať k zodpovednosti zamestnanca za správne hospodárenie s vlastnými financiami, zamestnanec má spôsobilosť na právne úkony a mal by sa pri nakladaní so svojou mzdou správať tak, aby sa nedostal do finančnej tiesne.

Literatúra:

- Barancová, H. et al: Pracovný pomer a poisťný systém. Trnava: SAV, 2008, s. 512, ISBN 978-80-224-1059-5
- Barancová, H., Schronk, R.: Pracovné právo. Bratislava: Sprint, 2004, s. 648, ISBN 80-89085-28-8
- Barancová, H., Schronk, R.: Pracovné právo. Bratislava : Sprint, 2007, s. 814, ISBN 978-80-89085-95-8
- Bowers, J.: A practical approach to employment law. London: Financial Training Publication Limited, 1982, s. 352, ISBN 0-906322-11-1
- Davies, A.C.L.: Perspectives on Labour Law. Cambridge: The Press Syndicate of The University of Cambridge, 2004, s. 258, ISBN 0-521-60523-7

²⁸ Bližšie pozri Kloss, M.D. Occupational health law, Oxford: Blackwell Science, 2010, s. 300-303, ISBN 0-632-06497-8

²⁹ Pozri napr. rozhodnutie Súdneho Dvora Európskych spoločenstiev vo veci *Federatie Nederlandse Vakbeweging v Staat der Nederlanden (C-124/05)*.

Keenan, D.: Smith and Keenan's English law: text and cases. London: Copyright Licensing Agency Ltd, 2007, s. 936, ISBN 978-1-4058-4618-9
Kloss, M.D.: Occupational health law, Oxford: Blackwell Science, 2010, s. 400, ISBN 0-632-06497-8

Ramsey, V., Telford, T.: Construction Law Handbook, London: Thomas Telford Publishing, 2007, s. 982, ISBN 978-0-7277-3485-3

Scrope, H., Barnett, D.: Employment Law Handbook, London: Law Society, 2008, s. 480, ISBN 978-1-85328-674-2

Contact – email
Peterkotira@gmail.com

UZNÁNÍ A VÝKON ROZHODNUTÍ VE SVĚTLE PROBÍHAJÍCÍ REVIZE NAŘÍZENÍ BRUSEL I

LUCIA KOVÁČOVÁ, JAROSLAV KRÁLÍČEK

Faculty of Law, Masaryk University

Abstract in original language

V současné době probíhá revize nařízení Brusel I, která započala v podstatě již v dubnu roku 2009 zveřejněním Zelené knihy o posouzení nařízení č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. Samotný návrh Nařízení předložila Evropská komise v prosinci roku 2010. Jelikož v něm dochází k velkému množství změn, které by nebylo možné dopodrobna v rozsahu tohoto příspěvku obsáhnout, zaměřujeme se pouze na změny dotýkající se uznání a výkonu rozhodnutí, neboť právě jedním z hlavních cílů revize je usnadnit a urychlit uznání a výkon rozhodnutí. Toho chce Evropská komise docílit zejména prostřednictvím zrušení "exequatur". Je to rozumné? A skutečně navrhované změny usnadní a urychlí proces výkonu rozhodnutí? A jaké budou širší dopady, například na jiná nařízení (EET, EPR, DN)? Na tyto a další odpovědi se pokusíme v příspěvku najít odpověď.

Key words in original language

nařízení Brusel I, 44/2001, revize, uznání a výkon, exequatur, procesní záruky

Abstract

The revision of the Brussels I Regulation, which is still ongoing these days, has basically started in April 2009 by publishing the Green paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. European Commission introduced the actual proposal of the regulation in December 2010. Since there is a large number of changes and it would be impossible to deal with all of them because of the scope of this paper, and since one of the main objectives of the revision is to facilitate and accelerate the process of recognition and enforcement, we will focus only on changes affecting this process. To achieve this facilitation and acceleration the European Commission has proposed abolition of the „exequatur“ procedure. Is it reasonable? Will indeed the proposed changes facilitate and accelerate the process of enforcement? And what will be the broader impacts of these changes to other regulations (such as EEO, EOP, SC)? In this contribution we will try to find the answers to these questions (and to some other as well).

Key words

Brussels I Regulation, 44/2001, revision, recognition and enforcement, exequatur, procedural guarantees

1. NĚKOLIK SLOV NA ÚVOD

Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (dále jen nařízení Brusel I) představuje jeden z nejvýznamnějších právních nástrojů Evropské unie, který značně ovlivňuje justiční spolupráci v občanských a obchodních věcech. Již v roce 2009, a to konkrétně 29. dubna Evropská komise vydala Zelenou knihu¹, v rámci které uvedla určité otázky a body, které považuje za nedostatky v jinak uspokojivém fungování nařízení Brusel I, a které by se měly přehodnotit. Hlavním cílem bylo dosáhnout zlepšení fungování nařízení Brusel I, a to v přesně navrhovaných bodech. V prosinci 2010 již Evropská komise předložila konkrétní návrh² znění nařízení, který obsahuje taktéž důvodovou zprávu, jež rozebírá jak cíle návrhu, tak samotné dopady, které by změna přinesla (či mohla přinést).

Návrh nařízení reaguje na sedm hlavních problematických bodů³, které byly zdůrazněné právě již v Zelené knize. V rámci rozsahu tohoto příspěvku by však nebylo možné podrobně zanalyzovat celou revizi nařízení a její dopady, a proto jsme se rozhodli blíže podívat pouze na jednu z nejvýznamnějších změn, které návrh přináší, a to zrušení prohlášení vykonatelnosti - exequatur. Cílem tohoto příspěvku je tak zejména zanalyzovat reformu, která se dotkne problematiky uznávání a výkonu rozhodnutí před soudy členských států. V příspěvku bychom chtěli zhodnotit, zda volbou prostředku v návrhu Evropské komise, a to zrušení exequatur, skutečně dochází k naplnění cílů, jež si Evropská komise v důvodové zprávě stanovila.

Existenci prohlášení vykonatelnosti v současném stále účinném znění nařízení Brusel I hodnotí Evropská komise jako jednu z překážek volného pohybu rozhodnutí. Další nedostatky, které se tímto návrhem Evropská komise snaží odstranit je nákladnost a časová náročnost procesu uznávání a výkonu rozhodnutí. Evropská komise zdůrazňuje, že zrušení prohlášení vykonatelnosti má vést k:

¹ Zelená kniha o revizi nařízení Rady (ES) č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech“ [KOM(2009) 175 v konečném znění]

² Návrh nařízení Evropského Parlamentu a Rady o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, [KOM(2010) 748]

³ Předmětem reformy podle návrhu Evropské komise má být zrušení prohlášení vykonatelnosti, zlepšení fungování nařízení v mezinárodním právním řádu, posílení účinnosti dohod o volbě sudiště, dokonalejší vymezení hranic mezi nařízením a rozhodčím řízením, lepší koordinace soudních řízení před soudy členských zemí a zlepšení přístupu k spravedlnosti.

*"jednoduššímu, méně nákladnému a více automatizovanému systému pohybu soudních rozhodnutí"*⁴.

Cílem je tak urychlit, zjednodušit a zavést méně nákladné řízení a umožnit občanům plně využívat vnitřní trh.

Naší otázkou na tomto místě je, zda opravdu zrušením doložky vykonatelnosti tak, jak je tato změna nastavená v návrhu nařízení, dojde k naplnění zmíněných cílů? Další velmi významnou metou návrhu Evropské komise je garantovat, že zrušením této doložky nedojde k narušení práva žalovaného na spravedlivý proces, na obranu a právní ochranu, které zaručuje čl. 47 Listiny základních práv EU. Toho chce Evropská komise dosáhnout procesními zárukami v podobě tří hlavních opravných prostředků, jež by měly fungovat jako dostatečný korektiv. V článku se proto budeme snažit zanalyzovat, zda navrhované opravné prostředky jsou dostatečné a zda zaručují nutnou ochranu, a zda vůbec dochází k zásadní změně v systému těchto procesních záruk a nejedná se o shakespearovské "mnoho povyku pro nic".

Další otázkou, která při zrušení prohlášení vykonatelnosti v nařízení Brusel I vyvstává, je, jaký je potom smysl ostatních procesních nařízení, konkrétně nařízení o exekučním titulu, o evropském platebním rozkazu a nařízení o drobných nárocích. Mají (měly by) i po přijetí navrhovaných změn nějaké opodstatnění, nebo je zapotřebí uvažovat v takovém případě o jejich zrušení? V rámci tohoto příspěvku se proto dotkneme i tohoto bodu.

2. NAVRHOVANÁ ZMĚNA UZNÁNÍ A VÝKONU V NAŘÍZENÍ BRUSEL I

K důslednému rozboru dopadů odstranění vykonatelnosti z režimu uznávání a výkonu rozhodnutí v této části příspěvku nejprve rozebereme proces dle stávající úpravy, přičemž se zaměříme především na délku takového řízení (zejména, zda jsou dány maximální lhůty pro rozhodnutí a jaký je možný nejrychlejší, a tudíž nejrozmumnější, postup) a na potenciální opravné prostředky. Následně provedeme to samé s navrhovaným novým zněním nařízení Brusel I. Tímto postupem bude jednodušší zdůraznit změny, které by měly či mohly nastat.

2.1 SOUČASNÝ PROCES UZNÁVÁNÍ A VÝKONU ROZHODNUTÍ DLE NAŘÍZENÍ BRUSEL I

Proces dle současné právní úpravy je zakotvený v nařízení Brusel I v jeho člancích 32 až 56. V procesu uznávání a výkonu rozhodnutí dle úpravy v

⁴ Návrh nařízení Evropského Parlamentu a Rady o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, [KOM(2010) 748]s. 7.

nařízení Brusel I je možné vysledovat tři hlavní kroky. V první části je zakotvená úprava uznávání rozhodnutí, na kterou navazuje úprava prohlášení vykonatelnosti a výkonu rozhodnutí (včetně možných opravných prostředků).

2.1.1 UZNÁNÍ ROZHODNUTÍ

Uznání rozhodnutí z členského státu EU podle nařízení Brusel I je automatické. Tak je to uvedeno v čl. 33 odst. 1, který dále stanoví, že se k uznání rozhodnutí nevyžaduje žádné zvláštní řízení. Jak Rozehnalová uvádí:

"smyslem této úpravy je vytvořit situaci, kdy rozhodnutí soudu jednoho členského státu má na území jiných členských států stejné účinky jako ve státě vydání, a to automaticky".⁵

K uznání tak v podstatě může dojít dvěma způsoby.

Buď proběhne neformální řízení v rámci soudního procesu, kde má cizí rozhodnutí nějaký význam. Dojde k tomu pravděpodobně v rámci řešení předběžné otázky⁶. K uznání tak dochází podle čl. 33 odst. 1 bez zvláštního uznávacího výroku.

Další způsob nabízí článek 33 odst. 2, v němž je zakotvena možnost vést zvláštní řízení ve věci uznání. To může navrhnout kterákoliv strana, která uplatňuje uznání jako hlavní věc v daném sporu, jestliže se stane sporným, zda rozhodnutí má být, nebo nemá být uznané. V rámci tohoto zvláštního řízení je však možné dožadovat se pouze pozitivního výroku, tj. že rozhodnutí má být uznáno. Soud poté v této věci vydá zvláštní deklaratorní rozhodnutí. Je to však jen jeden ze způsobů uznání, a proto je důležité podotknout, že k tomuto řízení nemusí vůbec dojít (a je otázkou, proč by ho někdo zahajoval).

2.1.2 PROHLÁŠENÍ VYKONATELNOSTI ROZHODNUTÍ

Dalším krokem je prohlášení vykonatelnosti rozhodnutí. To se řídí čl. 38 a násl. nařízením Brusel I. K prohlášení vykonatelnosti dochází na návrh strany, a to buď v návrhu podaném společně s návrhem na výkon rozhodnutí, anebo samostatným návrhem na prohlášení vykonatelnosti.

V prvním stupni je prohlášení vykonatelnosti vždy automatické, vzhledem k tomu, že se do úvahy berou čistě formální předpoklady prohlášení. Těmi se

⁵ ROZEHNALOVÁ, Naděžda; TÝČ, Vladimír. Evropský justiční prostor (v civilních otázkách). Vyd. 1. Brno : Masarykova univerzita, 2003. s. 303. ISBN 8021030542

⁶ VAŠKE, Viktor. Uznání a výkon cizích rozhodnutí v České republice. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2007. s. 35.. ISBN 9788071796145.

rozumí předložení vyhotovení rozhodnutí podle čl. 53 a předložení osvědčení podle čl. 64 nařízení Brusel I.

V tomto prvním stupni se do úvahy neberou ani důvody stanovené v čl. 34 a 35, tedy důvody, které by jinak mohly vést k odepření uznání rozhodnutí. Navíc není možné, aby do řízení zasahovala strana ve smyslu podávání návrhů⁷.

V nařízení není výslovně zakotvena lhůta, v jaké má k prohlášení vykonatelnosti dojít, ale s odkazem na znění článku 41 - "jakmile jsou splněny formální náležitosti" - je možné dovodit, že k tomu má dojít bez zbytečného odkladu. Z důvodu posouzení čistě formálních předpokladů je možné konstatovat, že samotné řízení o prohlášení vykonatelnosti v prvním stupni nepředstavuje (stejně jako automatické uznání rozhodnutí) výrazné časové zdržení. Na druhé straně je samozřejmé, že pro splnění vzpomínaných formálních předpokladů je nutná určitá aktivita strany.

2.1.3 OPRAVNÉ PROSTŘEDKY

Protože do řízení o prohlášení vykonatelnosti strany nemají možnost zasáhnout, je jejich případná obrana zakotvená v čl. 43 a násl. nařízení Brusel I. Tento článek zakotvuje možnost podat proti prohlášení vykonatelnosti opravný prostředek. Lhůta pro podání tohoto opravného prostředku je stanovená v čl. 43 odst. 5, a to jednak jako jeden měsíc od doručení prohlášení v případě, že má strana, vůči které je výkon navrhovaný, bydliště v zemi, ve které došlo k prohlášení vykonatelnosti. Pokud má bydliště v jiném členském státě, lhůta na podání činí dva měsíce od doručení prohlášení vykonatelnosti.

Důležitým znakem tohoto řízení je, že jde o řízení sporné. Může proto dojít k zapojení stran, a to takovým způsobem, že mohou podávat návrhy a namítat důvody, v kterých vidí nemožnost prohlášení rozhodnutí za vykonatelné. Dále je přípustné namítat existenci důvodů na odepření uznání dle čl. 34 a 35, a taktéž neexistenci rozhodnutí ve smyslu čl. 32 nařízení⁸.

Důvody pro odepření uznání dle čl. 34 a 35 představují: rozpor s veřejným pořádkem (procesním) státu, v němž se o uznání (či výkon) rozhodnutí žádá; nedoručení návrhu žalovanému včas tak, aby si mohl připravit obranu a zúčastnit se řízení; res iudicata (úplná a částečná); a nedodržení oddílu 3, 4 a 6 (tj. ochrana slabší smluvní strany a výlučná pravomoc).

Článek 45 stanoví, že v případě existence důvodu na odepření uznání rozhodnutí soud, který o opravném prostředku jedná rozhodne o zrušení

⁷ Tyto podmínky jsou stanovené v čl. 41 nařízení Brusel I.

⁸ Článek 32 zakotvuje definici rozhodnutí pro účely nařízení Brusel I.

prohlášení vykonatelnosti, nebo jej zamítne. Proti tomuto rozhodnutí je možná ještě jedna obrana, a to podle čl. 44, kde je zakotvená možnost podat opravný prostředek podle přílohy IV k nařízení Brusel I. V České republice jde o možnost podat dovolání, anebo žalobu pro zmatečnost.

2.1.4 VÝKON ROZHODNUTÍ

Posledním krokem je samotný výkon, který tak, jako postup při podávání návrhu na výkon probíhá v souladu s článkem 40 nařízení Brusel I podle práva členského státu výkonu.

Když si to shrneme, nejjednodušší postup je následující: strana podá návrh na výkon spolu s návrhem na prohlášení vykonatelnosti. V rámci toho dojde k automatickému uznání rozhodnutí. K prohlášení vykonatelnosti dojde na základě splnění formálních předpokladů. Ve lhůtě podle čl. 43 odst. 5 nedojde k podání opravného prostředku (pokud by k němu došlo, uplatní se stejný postup jako níže).

Nejdelší postup by znamenal, že strana podá samostatně návrh na prohlášení vykonatelnosti, kde po splnění formálních předpokladů dojde k prohlášení rozhodnutí za vykonatelné. Ve lhůtě uvedené v čl. 43 nařízení Brusel I podá opravný prostředek, čili bude vedeno sporné řízení. I proti rozhodnutí, které bude výsledkem tohoto řízení dle článku 43 bude podán ještě jeden opravný prostředek, a to v souladu s čl. 44 (viz výše). Pokud po všech těchto řízeních bude rozhodnutí vykonatelné, podá strana návrh na výkon rozhodnutí.

2.2 PROCES UZNÁVÁNÍ A VÝKONU ROZHODNUTÍ DLE NAVRHOVANÉHO NOVÉHO ZNĚNÍ NAŘÍZENÍ BRUSEL I

V první řadě chceme podotknout, že nebude-li v této části příspěvku řečeno jinak, jedná se vždy o číslování článků dle návrhu Evropské komise (tedy nikoliv dle platného nařízení Brusel I).

Ihned v prvním článku třetí kapitoly nařízení Brusel I (kapitola týkající se uznávání, výkonu a vykonatelnosti), tj. v článku 37, narazíme na dosud neobvyklou situaci. Dle tohoto článku se oddíl 1 třetí kapitoly použije na všechna rozhodnutí s výjimkou těch, která jsou uvedena v odstavci 3. Na rozhodnutí uvedená v odstavci 3 se použije nikoliv oddíl 1, ale oddíl 2. A jakýže je mezi těmito oddíly rozdíl? Oddíl 1 na první pohled splňuje to, co si Evropská komise předsevzala - ruší vykonatelnost. Naproti tomu oddíl 2 v podstatě kopíruje stávající stav. Neboť naším hlavním cílem je posoudit případné zrychlení a zlevnění stávajícího procesu, budeme se nadále zabývat pouze oddílem 1.

Z důvodu rozsahu příspěvku se taktéž nebudeme zabývat předběžnými opatřeními (na zodpovězení položených otázek to nebude mít vliv).

2.2.1 UZNÁNÍ ROZHODNUTÍ A JEHO VYKONATELNOST

V důsledku zrušení prohlášení vykonatelnosti se nám jeví namísto oddíly o uznání a vykonatelnosti spojit do jednoho.

Podstatný je zejména čl. 38 nařízení Brusel I, který stanoví, že rozhodnutí vydané v některém členském státě je zásadně (s výjimkami stanovenými v oddílu 2) v ostatních členských státech uznáno, aniž by zde bylo vyžadováno zvláštní řízení a aniž by bylo možné jeho uznání napadnout. Zároveň je v druhém odstavci dodáno, že se nevyžaduje prohlášení vykonatelnosti.

Jelikož je nám známo již z předchozí podkapitoly, že veškeré důvody pro odmítnutí uznání a výkonu rozhodnutí dle platného nařízení Brusel I jsou zásadně důvody k odepření uznání, může se na první pohled zdát, že nyní bude řízení opravdu rychlé, neboť v návrhu Evropské komise již důvody k odepření uznání nejsou uvedeny. Jak si ale ukážeme v dalším oddílu, jedná se pouze o kosmetickou změnu.

2.2.2 VÝKON ROZHODNUTÍ

Z uvedeného je zřejmé, že jediné řízení, které připadá v úvahu, je řízení o výkonu rozhodnutí bez možnosti zabývat se uznáním a vykonatelností. Je to ale opravdu taková změna?

Čl. 41 nám stanoví, že se toto řízení řídí právem členského státu výkonu, avšak s výjimkou některých důvodů pro zamítnutí či odložení výkonu (pozor na český překlad, kde se hovoří o uznání) uvedených v člancích 43 až 46 (opět pozor na český překlad). Konstrukce je však taková, že se dle návrhu uplatní důvody pro zamítnutí či odložení výkonu uvedené v těchto člancích spolu s veškerými dalšími důvody k zamítnutí či odložení výkonu dle národního práva, které jsou od důvodů uvedených v nařízení Brusel I odlišné. Z toho vyplývá, že důvodů k zamítnutí či odložení výkonu bude hodně. V rámci tohoto příspěvku se však budeme zabývat pouze důvody zmíněnými v nařízení Brusel I, avšak je třeba mít stále na paměti, že se nejedná o výčet úplný.

Čl. 42 odst. 1 ukládá navrhovateli předložit vyhotovení rozhodnutí, které splňuje podmínky nezbytné pro ověření jeho pravosti a osvědčení⁹ osvědčující, že je rozhodnutí vykonatelné.

⁹ Zde je otázkou, jaký je vztah mezi tímto ustanovením a čl. 39 odst. 2. První zmíněný hovoří o nutnosti předložení osvědčení a druhý naopak, že k předložení dojde pouze na výzvu soudu, u kterého se žádá o výkon rozhodnutí.

2.2.3 OPRAVNÉ PROSTŘEDKY

Čl. 43 obsahuje první z opravných prostředků, a to obranu v případě res iudicata. Podstatné je, že tak soud činí pouze na návrh žalovaného.¹⁰

Dalším obranným prostředkem je přezkum rozhodnutí pro případ nedoručení návrhu včas a nově pro nemožnost napadnutí nároku z důvodů vyšší moci. Tento návrh žalovaný podává bezodkladně, a to nejpozději ve lhůtě 45 dnů ode dne, kdy se žalovaný skutečně seznámil s obsahem rozhodnutí a mohl na něj reagovat. Je-li návrh na přezkum zjevně bezdůvodný, soud jej ihned odmítne, a to nejpozději ve lhůtě 30 dnů od doručení.¹¹ Nedodržení těchto lhůt není samozřejmě nijak sankcionováno. Otázkou taktéž zůstává, zda a případně jaký zde existuje opravný prostředek (viz dále).

Poslední článek tohoto oddílu (čl. 46) stanoví, že v případech, na které se nevztahuje článek 45, má strana právo podat návrh na zamítnutí uznání a výkonu rozhodnutí, jestliže by uznání a výkon nebyly přípustné podle základních zásad, na kterých stojí právo na spravedlivý proces. Lhůta k podání tohoto návrhu není stanovena. Opět je zde ale ustanovení o odmítnutí rozhodnutí nejpozději ve lhůtě 30 dnů od doručení návrhu, je-li tento zjevně bezdůvodný. Znovu se však jedná o imperfektní ustanovení.

Podstatný je taktéž čl. 46 odst. 6, který stanoví, že rozhodnutí o návrhu podle tohoto článku může být napadeno pouze opravným prostředkem uvedeným v příloze IV. To však znamená, že rozhodnutí o ostatních návrzích mohou být napadena i opravnými prostředky jinými.

2.3 PŘEDPOKLÁDANÝ DOPAD REVIZE A NAPLNĚNÍ CÍLŮ EVROPSKÉ KOMISE

Nyní již máme základní informace k tomu, abychom mohli posoudit předpokládaný dopad revize nařízení Brusel I dle návrhu Evropské komise a posouzení naplnění cílů stanovených Evropskou komisí.

Z důvodu systematiky se zvláště budeme zabývat uznáním a vykonatelností a zvláště důvody k přezkumu (obraně).

2.3.1 UZNÁNÍ A VYKONATELNOST

Dle platného nařízení Brusel I jsou tedy, zjednodušeně řečeno, uznání a vykonatelnost automatické a zvlášť může být podán pouze pozitivně formulovaný návrh na uznání rozhodnutí.

¹⁰ Z českého překladu vyplývá soudní diskrece (může), z anglického znění nikoliv (shall).

¹¹ Viz čl. 45 nařízení Brusel I (ve znění návrhu Evropské komise)

Dle návrhu Evropské komise jsou uznání a vykonatelnost taktéž automatické (respektive neprobíhají) a zvláštní řízení nemůže být vedeno.

V této fázi tak sice došlo ke zrušení prohlášení vykonatelnosti a ke zrušení (respektive přesunutí) důvodů k odepření uznání, avšak v podstatě se jedná jen o kosmetické změny a v praxi nepředpokládáme zásadní odlišnosti.

2.3.2 DŮVODY K PŘEZKUMU

Dle platného nařízení Brusel I jsou možnosti k přezkumu (k podání opravného prostředku) dány důvody pro odepření uznání. Těmito jsou rozpor s veřejným pořádkem (procesním), nedoručení návrhu včas, *res iudicata* (částečná a úplná) a důvody nedodržení ochranných ustanovení oddílu 3, 4 a 6 (tj. ochrana ve věcech pojištění a spotřebitelů a otázky výlučné pravomoci). Lhůta k podání opravného prostředku je 30, respektive 60 dnů. O zamítnutí návrhu soud rozhoduje neprodleně. Po rozhodnutí je možný další opravný prostředek (dle přílohy IV).

Dle návrhu Evropské komise sice neexistují důvody pro odepření uznání, ale existují tři hlavní obranné prostředky. Jsou jimi návrh na zamítnutí výkonu z důvodu *res iudicata* (částečné a úplné; není stanovena žádná lhůta a dle výkladu je možný další opravný prostředek, a to nejen dle přílohy IV; neexistuje žádná lhůta pro zamítnutí návrhu), přezkum z důvodu nedoručení návrhu včas a nově nemožnosti popřít nárok z důvodu *vis maior* (lhůta 45 dnů od skutčné seznámení se s rozhodnutím; dle výkladu je možný další opravný prostředek, a to nejen dle přílohy IV; lhůta pro zamítnutí návrhu činí 30 dnů), návrh na zamítnutí uznání a výkonu z důvodu rozporu s právem na spravedlivý proces (lhůta zřejmě 45 dnů od skutčné seznámení se s rozhodnutím; dle výkladu je možný další opravný prostředek, a to pouze dle přílohy IV; lhůta pro zamítnutí návrhu činí 30 dnů) a v souladu s čl. 41 ostatní důvody pro zamítnutí či odložení výkonu dle práva členského státu výkonu.

V návrhu tak přibyl důvod přezkumu z důvodu nemožnosti popřít nárok kvůli *vis maior* a místo procesního veřejného pořádku je zavedena možnost zamítnutí uznání a výkonu rozhodnutí z důvodu rozporu s právem na spravedlivý proces. První uvedená možnost tak vlastně řízení ještě více prodlužuje a prodražuje a o druhé možnosti nelze říci opak. Je otázkou, jaký obsah by byl právu na spravedlivý proces Soudním dvorem EU přiznán.

Jediná "obrana", která zmizela, je nerespektování oddílu 3, 4 a 6. Toto považujeme pouze za přehlédnutí Evropské komise, neboť taková úprava nemůže mít žádné racionální zdůvodnění. Na dodržení výlučné pravomoci (kam spadá i pravomoc státu výkonu rozhodovat o výkonu rozhodnutí) je nutné bezvýjimečně trvat. To samé platí i o ochraně spotřebitele a ochraně ve věcech pojištění.

Nyní je možný pouze jeden další opravný prostředek, a to dle přílohy IV. Podle návrhu je dle výkladu ve dvou případech možný i jiný další opravný prostředek. Opět tak dochází k prodloužení a prodražení celého procesu (a znění článku přispívá i ke značné nejistotě stran).

Původní lhůta pro podání opravného prostředku byla zásadně 30 dní. Nyní je to 45 dní (navíc od skutečného seznámení se s rozhodnutím), přičemž lhůty k vydání rozhodnutí nejsou stanoveny. Jsou sice zavedeny lhůty pro zamítnutí návrhu, ale dle platné úpravy je zde taktéž lhůta, a to povinnost soudu rozhodnout "neprodleně".¹²

3. DOPAD NAVRHOVANÉ REVIZE NA SOUVISEJÍCÍ NAŘÍZENÍ (EET¹³, EPR¹⁴ A DN¹⁵)

Pro důkladný rozbor v názvu zmíněného dopadu bohužel není v rozsahu tohoto příspěvku již žádný prostor, a proto zmíníme pouze nejzjevnější dopady a v obecném duchu.

Hlavní otázka, která díky plánované revizi vyvstává, zní, zda by po přijetí navrhovaných změn měla tato nařízení ještě nějaký smysl, tedy zejména zda řízení podle nařízení Brusel I nebude rychlejší a levnější než řízení probíhající podle těchto speciálních nařízení.

Základní podmínkou tak je, aby existovalo co nejméně možností vedoucích k úspěšnému nevykonání rozhodnutí. Zásadní odlišnosti těchto nařízení oproti nařízení Brusel I ve znění navrhovaných změn existují u *res iudicata*, možnosti obrany při nedoručení návrhu včas, u veřejného pořádku (respektive zásad, na kterých stojí právo na spravedlivý proces) a u vyloučení ochrany slabší smluvní strany (zejména spotřebitele).

3.1 RES IUDICATA

Uplatnění opravného prostředku z důvodu existence námitky *res iudicata* u zmíněných nařízení oproti nařízení Brusel I vyžaduje vždy existenci dřívějšího rozhodnutí (tj. je možný pouze jeden ze dvou typů *res iudicata* zmíněných v nařízení Brusel I) a splnění podmínky, že proti neslučitelnosti nemohla být vznesena námitka.

¹² Jak v platném znění, tak v návrhu, se jedná o ustanovení imperfektní, a proto výslovné uvedení lhůty 30 dnů nic ve skutečnosti nemění.

¹³ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 805/2004 ze dne 21. dubna 2004, kterým se zavádí evropský exekuční titul pro nesporné nároky.

¹⁴ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1896/2006 ze dne 12. prosince 2006, kterým se zavádí řízení o evropském platebním rozkazu

¹⁵ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 861/2007 ze dne 11. července 2007, kterým se zavádí evropské řízení o drobných nárocích

3.2 NEDORUČENÍ NÁVRHU VČAS

Tuto námitku je možné použít jako důvod k přezkumu (na rozdíl od použití v nařízení Brusel I) pouze při tzv. bezdokladovém přijetí.

3.3 OSTATNÍ

Žádné z těchto nařízení neoperuje se zásadami, na kterých stojí právo na spravedlivý proces a zásadně není vyloučena ani ochrana slabší smluvní strany (zejména spotřebitele).

3.4 SHRNUTÍ

Tato nařízení by tak i v případě přijetí všech navrhovaných změn smysl měla. Stále by představovala možnost rychlejšího a levnějšího procesu, a to při zachování vyšší ochrany slabší smluvní strany a zájmů státu, kde by se rozhodnutí mělo případně vykonat.

4. ODPOVĚĎ NA OTÁZKY

Domníváme se, že návrh Evropské komise by v praxi nevedl ani k urychlení a ani ke zlevnění procesu uznávání a výkonu rozhodnutí. Mohlo by tomu být dokonce naopak, kdy z důvodu imperfekce ustanovení o lhůtách k rozhodnutí a možnosti dokonce vícera (až neurčitého počtu) "obran", není vůbec jasné, do kdy soud skutečně musí rozhodnout. Navíc lhůty k podání opravných prostředků mnohdy (a opět) nejsou vůbec uvedeny a když někde uvedeny jsou, jedná se o lhůty fakticky delší.

Domníváme se, že Evropská komise dosáhla pouze cíle dodržení ochrany práva žalovaného na spravedlivý proces, obranu a právní ochranu, ačkoliv se jedná v podstatě o stejnou úroveň, jaká existuje i v platném nařízení Brusel I. Naopak došlo k ohrožení právní jistoty účastníků, kdy je řada institutů uvedena v neuzavřeném výčtu a s možností přihlížení k národním právním řádům.

Negativně hodnotíme i vypuštění možnosti pro odepření uznání z důvodu nerespektování oddílů 3, 4 a 6 (tj. ochrany ve věcech pojištění a ve spotřebitelských věcech a ochrany dodržování výlučných pravomocí) a záměnu veřejného pořádku za zásady, na kterých stojí právo na spravedlivý proces.

I když jsou ambice navrhované revize obrovské, stále by se jednalo o proces pomalejší a pro strany zřejmě dražší i ve specifických případech, kdy by bylo možné použít související nařízení (EET, EPR a DN). Tato nařízení navíc poskytují větší ochranu jak žalovanému, tak státu, na jehož území by bylo žádáno o výkon. Tato nařízení by tak měla smysl i po přijetí veškerých navrhovaných změn.

Z hlediska uznání a výkonu rozhodnutí, a to zejména s ohledem na dodržení cílů stanovených Evropskou komisí, tak považujeme návrh Evropské komise za přinejmenším nešťastný.

Literature:

- ROZEHNALOVÁ, Naděžda; TÝČ, Vladimír. Evropský justiční prostor (v civilních otázkách). Vyd. 1. Brno : Masarykova univerzita, 2003. 401 s. ISBN 8021030542
- VAŠKE, Viktor. Uznání a výkon cizích rozhodnutí v České republice. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2007. 477 s. ISBN 9788071796145
- Návrh nařízení Evropského Parlamentu a Rady o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, [KOM(2010) 748]
- Zelená kniha o revizi nařízení Rady (ES) č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech“ [KOM(2009) 175 v konečném znění]
- Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech
- Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 805/2004 ze dne 21. dubna 2004, kterým se zavádí evropský exekuční titul pro nesporné nároky
- Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1896/2006 ze dne 12. prosince 2006, kterým se zavádí řízení o evropském platebním rozkazu
- Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 861/2007 ze dne 11. července 2007, kterým se zavádí evropské řízení o drobných nárocích

Contact – email

Lucia.Kovacova@law.muni.cz

Jaroslav.Kralicek@law.muni.cz

SROVNÁNÍ ČESKÝCH A EVROPSKÝCH ROZPOČTOVÝCH PRAVIDEL

MICHAL KOZIEL

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Tento příspěvek se zaměřuje na otázky spojené s právní regulací státního rozpočtu v České republice a rozpočtu Evropské unie. Kromě charakteru českého zákona o státním rozpočtu a nařízení o souhrnném rozpočtu EU a rozdílů mezi "klasickými" zákony a těmito právními normami, se autor věnuje i procesu jejich schvalování. Pojednání obsahuje v neposlední řadě také srovnání rozpočtových předpisů v České republice s rozpočtovými předpisy na úrovni Evropské unie.

Key words in original language

státní rozpočet; rozpočtové právo; evropský rozpočet; schodek; rozpočtová pravidla

Abstract

This contribution deals with issues related to the legal regulation of the state budget in the Czech Republic and the European Union budget. In addition to the character of the Czech State Budget Act and the European Union's general budget and the differences between "traditional" legislative acts and these legal norms, the author focuses on budgetary procedure. The contribution contains also a comparison of budgetary rules in the Czech Republic with the budgetary rules in the European Union.

Key words

state budget; budget law; european budget; deficit; budget rules

Úvod

Tento článek se zaměřuje na srovnání rozpočtových pravidel na evropské úrovni s rozpočtovými pravidly na úrovni České republiky. Rozpočtová pravidla určují základní mantinely při schvalování nejdůležitější právní normy z oblasti rozpočtového práva, kterou je státní rozpočet, resp. rozpočet Evropské unie.

V úvodu se zabývám státním rozpočtem a rozpočtovým procesem v České republice. Na tuto kapitolu navazuje pojednání o rozpočtovém procesu a úrovni Evropské unie. Primární část tohoto článku je zaměřena na srovnání rozpočtového procesu, tedy procesu sestavování, schvalování, hospodaření a kontroly státního rozpočtu České republiky a rozpočtu Evropské unie. Tato část tedy obsahuje vymezení nejvýraznějších rozdílů, které je možné spatřovat v obou zkoumaných rozpočtových procesech, a také výčet

některých shodných znaků. S ohledem na rozsah příspěvku jsem se zaměřil především na první etapu rozpočtového procesu, a tedy sestavování rozpočtu a jeho schvalování.

Státní rozpočet a rozpočtový proces v České republice

Tuto kapitolu nelze začít jinak, než definicí pojmu státní rozpočet. Státní rozpočet tedy je "vrcholným nástrojem finanční politiky státu, jím se řídí veškeré finanční hospodaření. V nejobecnějším pojetí státního rozpočtu jsou jeho obsahem veškeré příjmy a výdaje, jakož i vazba na rozpočty ostatní."¹ Pokud budeme chtít charakterizovat státní rozpočet podrobněji, můžeme o něm hovořit buď jako o centralizovaném peněžním fondu, nebo o bilanci příjmů a výdajů, případně také jako o finančním právu nebo ekonomickém vztahu. V neposlední řadě je možné na rozpočet nahlížet jako na právní normu.

Pro uvedení do problematiky rozpočtového procesu v České republice je potřeba si, kromě definice státního rozpočtu, uvést také základní právní předpisy, které v tomto případě přichází v úvahu. Základním právním předpisem, od kterého se odvozují další právní normy nižší právní síly, je i v případě rozpočtového práva ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů². Dalšími relevantními předpisy, které již podrobněji regulují rozpočtový proces na úrovni zákona, jsou zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny, ve znění pozdějších předpisů. Nesmíme však zapomenout ani na podzákonné právní akty, v tomto případě především na vyhlášku Ministerstva financí č. 323/2002 Sb., o rozpočtové skladbě, ve znění pozdějších předpisů.

Rozpočtový proces v České republice je možné rozdělit do tří etap³:

- 1) sestavování a schválení rozpočtu,
- 2) plnění rozpočtu a hospodaření s rozpočtovými prostředky včetně kontroly rozpočtového hospodaření a
- 3) sestavování a schválení závěrečného účtu.

¹ Mrkývka, P. Finanční právo a finanční správa 1. díl. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2004, s. 298.

² Konkrétně čl. 42 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů, který uvádí, že návrh zákona o státním rozpočtu a návrh státního závěrečného účtu podává vláda a tyto návrhy projednává na veřejné schůzi a usnází se o nich pouze Poslanecká sněmovna.

³ Srov. Mrkývka, P. Finanční právo a finanční správa 1. díl. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2004, s. 323.

Proces sestavování rozpočtu je zahájen již na začátku roku předcházejícímu rozpočtovému roku, na který je rozpočet schvalován. Práce na prvotním návrhu zákona o státním rozpočtu řídí a samotný návrh ve spolupráci s jednotlivými správci kapitol vypracovává Ministerstvo financí. Ministerstvo při tom vychází ze střednědobého výhledu⁴ a střednědobého výdajového rámce⁵. Zpracovaný návrh zákona o státním rozpočtu následně předkládá Ministerstvo financí ke schválení vládě, která může rovněž v návrhu provést změny. Finální návrh zákona o státním rozpočtu předkládá vláda poslanecké sněmovně ve lhůtě nejméně 3 měsíce před začátkem rozpočtového roku, na který je zákon o státním rozpočtu schvalován.⁶ Předseda Poslanecké sněmovny následně přikáže návrh zákona o státním rozpočtu k projednání rozpočtovému výboru. Součástí návrhu zákona o státním rozpočtu nemohou být změny, doplnění nebo zrušení jiných zákonů.⁷

Schvalování návrhu zákona o státním rozpočtu přísluší pouze Poslanecké sněmovně. Návrh zákona o státním rozpočtu je v Poslanecké sněmovně projednáván ve třech čteních. V prvním čtení sněmovna v obecné rozpravě projedná pouze základní údaje návrhu zákona, mezi které počítáme výši příjmů a výdajů, saldo, způsob vypořádání salda a celkový vztah k rozpočtům krajů a obcí. Pokud Poslanecká sněmovna základní údaje neschválí, doporučí vládě změny a stanoví termín pro předložení nového návrhu. V opačném případě, tedy pokud Poslanecká sněmovna základní údaje návrhu zákona o státním rozpočtu schválí, jsou tyto údaje závazné a nelze je v dalším projednávání měnit. Poté putuje návrh zákona do jednotlivých výborů podle kapitol státního rozpočtu, které se k jednotlivým jím přikázaným bodům vyjádří a případně navrhnou jejich změny. Tato vyjádření, která mají podobu usnesení, putují do rozpočtového výboru, který předkládá rovněž své usnesení, tentokrát však předsedovi Poslanecké sněmovny. Předseda dá vše vytisknout a doručí všem poslancům, poslaneckým klubům a navrhovateli nejméně 24 hodin před zahájením druhého čtení. Ve druhém čtení se o návrhu zákona o státním rozpočtu a usnesení rozpočtového výboru koná podrobná rozprava, v níž se předkládají pozměňovací návrhy. Třetí čtení zákona je možné konat nejdříve 48 hodin

⁴ § 4 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů. Střednědobý výhled je základním dokumentem o záměrech a cílech rozpočtové politiky na delší období a obsahuje očekávané příjmy a výdaje státního rozpočtu a státních fondů na jednotlivá léta, na které je sestavován, a předpoklady a záměry, na základě nichž se tyto příjmy a výdaje očekávají a plánují (více viz Marková, H., Boháč, R. Rozpočtové právo. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 189 a násl.)

⁵ § 8a zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů. Střednědobý výdajový rámec tvoří celkové výdaje státního rozpočtu a státních fondů na každý z roků, na které je sestavován střednědobý výhled, a to vždy jednou částkou.

⁶ Viz § 8 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů.

⁷ § 101 zákona č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny, ve znění pozdějších předpisů.

po skončení druhého čtení a v jeho průběhu se navrhuje pouze opravy legislativně technických chyb, gramatických chyb, chyb písemných nebo tiskových apod. Na závěr hlasuje Poslanecká sněmovna o návrhu zákona o státním rozpočtu jako celku a vyslovuje s ním souhlas, případně nesouhlas.⁸

Pokud Poslanecká sněmovna s návrhem státního rozpočtu nesouhlasí nebo návrh nebyl předložen k projednání v termínu, řeší se nastálá situace pomocí tzv. rozpočtového provizoria.⁹ V případě rozpočtového provizoria se financování výdajů státu řídí zákonem o státním rozpočtu z minulého roku, a to vždy jednou dvanáctinou objemu příjmů a výdajů na minulý rok až do doby, než bude schválen nový zákon o státním rozpočtu.¹⁰

V případě rozpočtového procesu stojí za zmínku ještě tzv. skladba státního rozpočtu. Rozpočtovou skladbou státního rozpočtu rozumíme jednotnou klasifikaci třídění rozpočtových příjmů a výdajů podle jednotných znaků a schválených zásad a pravidel. Toto logické třídění peněžních operací s veřejnými prostředky je tady proto, aby bylo možné přehledně zjistit potřebné informace v jednotlivých etapách rozpočtového procesu a zároveň aby bylo možné porovnávat jednotlivé rozpočty mezi sebou podle jednotných kritérií.¹¹ V České republice je možné třídit příjmy a výdaje podle hlediska:

- odpovědnostního,
- druhového,
- odvětvového a
- konsolidačního.¹²

Rozpočtový proces na úrovni Evropské unie

Právní regulaci rozpočtu Evropské unie můžeme najít jednak ve Smlouvě o fungování Evropské unie, ve které jsou zachyceny základní rozpočtové zásady a procedurální rámec schvalování rozpočtu. Neméně důležité jsou v

⁸ §§ 102 až 106 zákona č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny, ve znění pozdějších předpisů.

⁹ Marková, H., Boháč, R. Rozpočtové právo. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 196.

¹⁰ Srov. § 9 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů.

¹¹ Mrkývka, P., Pařízková, I. Základy finančního práva. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 160.

¹² § 2 Vyhlášky Ministerstva financí č. 323/2002 Sb., o rozpočtové skladbě, ve znění pozdějších předpisů.

této oblasti také sekundární právní akty, konkrétně rozhodnutí a nařízení. V případě nařízení je stěžejním právním aktem finanční nařízení o souhrnném rozpočtu ES¹³. Nesmíme však zapomínat ani na rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věcech týkajících se materie veřejných financí.

Rozpočet Evropské unie je zde pro to, aby bylo možné financovat politiky Evropské unie a dále také k zajištění fungování Evropské unie jako takové. Oproti tradičním mezinárodním organizacím, které financují svojí činnost z příspěvků členských států, používá Evropská unie k zajištění výdajové stránky finanční prostředky získané z vlastních zdrojů. Takové řešení přibližuje Evropskou unii spíše ke státnímu zřízení nežli k typické mezinárodní organizaci.¹⁴ Převažující část příjmů rozpočtu Evropské unie tvoří právě vlastní zdroje, mezi které počítáme:

- tradiční vlastní zdroje (cla z obchodu se třetími zeměmi vybraná podle společného celního tarifu, dávky uvalené na dovoz zemědělských produktů a dávky uvalené na cukr a izoglukózu),
- zdroje z daně z přidané hodnoty podle jednotné sazby aplikované na sjednocený základ
- a zdroj založený na hrubém národním produktu členských států.

Kromě těchto vlastních zdrojů je možné uvažovat ještě o dalších zdrojích, mezi které počítáme zejména přebytky z předcházejícího roku, příjmy z administrativních operací institucí, úroky z opožděných splátek, sankce atd.¹⁵ Mezi výdaje hrazené z rozpočtu Evropské unie zase počítáme prostředky na společnou zemědělskou politiku, strukturální opatření, výdaje na posílení konkurenceschopnosti, spolupráci se třetími zeměmi a občanství, svobodu, bezpečnost a právo.¹⁶

Pojďme se nyní blíže podívat na stěžejní část tohoto příspěvku, kterou je schvalovací proces evropského rozpočtu. Existují dva základní dokumenty, které regulují toky peněz na úrovni Evropské unie - víceletý finanční rámec a roční rozpočet. Víceletý finanční rámec zajišťuje řádný vývoj výdajů Evropské unie v rámci limitu jejích vlastních zdrojů a stanoví se na dobu nejméně pěti let. Podmínkou je, že roční rozpočet Evropské unie musí být v souladu s tímto víceletým finančním rámcem. Víceletý finanční rámec

¹³ Nařízení Rady (ES, Euratom) č. 1605/2002, kterým se stanoví finanční nařízení o souhrnném rozpočtu ES.

¹⁴ Tkaczyński, J.W. *Leksykon funduszy Unii europejskiej*. Warszawa: Wydawnictwo C.H.Beck, 2009, s. 120.

¹⁵ Rozpočet EU, ze dne 23. února .2011 [citováno 12. Května 2011]. Dostupný z: http://ec.europa.eu/ceskarepublika/abc/budget/index_cs.htm.

¹⁶ Viz tamtéž.

stanoví Rada nařízením se zvláštním legislativním postupem po obdržení souhlasu Evropského parlamentu. Víceletý finanční rámec stanoví výši ročních stropů prostředků na závazky podle kategorie výdajů a ročních stropů prostředků na platby. Pokud se nepodaří schválit před koncem minulého finančního rámce nové nařízení stanovící nový finanční rámec, použijí se údaje odpovídající poslednímu roku předcházejícího rámce, a to až do přijetí nového aktu.¹⁷

V současnosti je právní regulace schvalování rozpočtu Evropské unie obsažena především v čl. 313 a 314 Smlouvy o fungování Evropské unie. Ty nejprve stanoví, že rozpočtový rok začíná 1. ledna a končí 31. prosince.¹⁸ Roční rozpočet Evropské unie stanoví Evropský parlament a Rada, a to zvláštním legislativním postupem a v souladu s několika podmínkami. Návrh rozpočtu musí obsahovat předběžný odhad výdajů na příští kalendářní rok, který sestavuje každý orgán s výjimkou Evropské centrální banky. Návrh rozpočtu tedy zahrnuje odhad příjmů a odhad výdajů.¹⁹

Tento návrh předloží Komise Evropskému parlamentu nejpozději 1. září roku předcházejícího roku, ve kterém má být rozpočet plněn. Komise může v průběhu celého procesu projekt rozpočtu měnit až do svolání dohodovacího výboru²⁰. Rada má následně 1 měsíc na to, aby přijala stanovisko k návrhu rozpočtu a postoupila jej Evropskému parlamentu. Musí tak učinit nejpozději 1. října roku předcházejícího roku, ve kterém má být rozpočet plněn.²¹

Evropský parlament má nyní několik možností, jak dále postupovat.

1. schválí postoj Rady, v tom případě je rozpočet přijat;
2. nepřijme žádné usnesení, v tomto případě se rozpočet rovněž považuje za přijatý;
3. přijme změny většinou hlasů všech svých členů a postoupí změněný návrh Radě a Komisi. V tom případě předseda Evropského parlamentu po dohodě s předsedou Rady neprodleně svolá dohodovací výbor.²² Úkolem dohodovacího výboru je v tomto případě dosažení shody ohledně návrhu rozpočtu ve lhůtě 21 dní. Pokud členové výboru dojdou ke shodě, nastupuje

¹⁷ Viz čl. 312 Konsolidovaného znění Smlouvy o fungování Evropské unie.

¹⁸ Čl. 313 Konsolidovaného znění Smlouvy o fungování Evropské unie.

¹⁹ Čl. 314 odst. 1 Konsolidovaného znění Smlouvy o fungování Evropské unie.

²⁰ Dohodovací výbor se skládá z členů Rady nebo jejich zástupců a ze stejného počtu členů zastupujících Evropský parlament.

²¹ Nowak-Far, A. *Finanse Unii Europejskiej - aspekty instytucjonalne i prawne*. Wyd. 2. Warszawa: Instytut wydawniczy EuroPrawo, 2010, s. VII-67.

²² Čl. 314 odst. 4 Konsolidovaného znění Smlouvy o fungování Evropské unie.

znovu schvalování v Evropském parlamentu a v Radě, a to ve lhůtě 14 dnů, jinak musí Komise předložit nový návrh ročního rozpočtu.²³

V prvním případě je možných několik hypotetických situací. Zaprvé Evropský parlament i Rada schválí společný návrh nebo jeden orgán návrh schválí, zatímco druhý bude mlčet - v tom případě se považuje rozpočet za přijatý. Zadruhé obě instituce návrh zamítnou, nebo jedna návrh zamítne a druhá nevydá žádné rozhodnutí - Komise je v tomto případě povinná předložit nový návrh rozpočtu. Stejně tak je Komise povinná předložit nový návrh rozpočtu v případě, že Evropský parlament návrh zamítne, zatímco Rada jej schválí. Poslední možností je situace, kdy Evropský parlament společný návrh schválí, zatímco Rada jej zamítne. V tomto případě může Evropský parlament ve lhůtě 14 dnů ode dne zamítnutí rozhodnout o potvrzení všech nebo některých změn.²⁴

Toto byla teorie, která je obsažena v právních předpisech. V praxi probíhá schvalování rozpočtu Evropské unie ve 4 fázích. První fáze zahajuje Komise přípravou předběžného návrhu rozpočtu. Již na začátku roku předcházejícího roku, ve kterém má být rozpočet plněn, je vydán rozpočtový oběžník a konají se pracovní schůzky s vedoucími jednotlivých organizačních jednotek. Cílem těchto setkání je úprava jednotlivých dílčích návrhů rozpočtů s přihlédnutím k aktuálním cílům Evropské unie. Druhá etapa probíhá již v Evropském parlamentu, a konkrétně v jeho rozpočtovém výboru. Jejím úkolem je seznámení se s předběžným návrhem rozpočtu a určení základních změn, které má schválit parlament. Důležitou roli v této fázi hraje Rozpočtová rada²⁵, která dbá o to, aby byl návrh rozpočtu připraven do konce října. Třetí fáze je fází schvalování návrhu rozpočtu v Evropském parlamentu s případnými návrhy změn. V poslední fázi probíhají jednání mezi zástupci Evropského parlamentu a Rady, na kterých se snaží najít kompromisní řešení týkající se finální verze rozpočtu.²⁶

I evropská rozpočtová pravidla znají institut podobný našemu rozpočtovému provizoriu. Pokud není rozpočet na začátku rozpočtového roku ještě přijat s konečnou platností, mohou být výdaje prováděny měsíčně podle kapitol v souladu s nařízeními přijatými Evropským parlamentem a Radou, a to až do výše jedné dvanáctiny prostředků zapsaných v dotyčné kapitole rozpočtu předešlého rozpočtového roku.²⁷

²³ Srov. Nowak-Far, A. *Finanse Unii Europejskiej - aspekty instytucjonalne i prawne*. Wyd. 2. Warszawa: Instytut wydawniczy EuroPrawo, 2010, s. VII-67.

²⁴ Čl. 314 odst. 7 Konsolidovaného znění Smlouvy o fungování Evropské unie.

²⁵ Orgán, který se skládá se zástupců jednotlivých národních ministerstev financí.

²⁶ Srov. Nowak-Far, A. *Finanse Unii Europejskiej - aspekty instytucjonalne i prawne*. Wyd. 2. Warszawa: Instytut wydawniczy EuroPrawo, 2010, s. VII-69 a VII-70.

²⁷ Čl. 315 Konsolidovaného znění Smlouvy o fungování Evropské unie.

Nevyčerpané prostředky z jednoho rozpočtového roku je možné přenést do bezprostředně následujícího rozpočtového roku.²⁸

Realizace rozpočtu Evropské unie přináleží Komisi a institucím, jejichž výdaje jsou financovány z rozpočtu. Komise se zabývá shromažďováním příjmů Unie a realizuje rozpočet na vlastní zodpovědnost a v rámci jí přiznaných finančních prostředků.²⁹

Srovnání českých a evropských rozpočtových pravidel

Pojďme se nyní blíže podívat na jednotlivé rozdíly a společné znaky v rámci rozpočtového procesu na úrovni Evropské unie ve srovnání s rozpočtovými pravidly v České republice.

Největší rozdíl spatřuji ve vyrovnanosti rozpočtů, resp. jejich deficitu. Státní rozpočet České republiky je možné schvalovat nevyrovnaný, tedy je možné, aby skončil jak v přebytku, tak v deficitu. V současné době je spíše vhodné hovořit pouze o deficitu, vyrovnaný nebo dokonce přebytkový rozpočet zde již dlouho nebyl a dovolím si tvrdit, že vzhledem k okolnostem ještě nějaký čas nebude. Oproti tomu rozpočet Evropské unie musí být vždy sestaven jako vyrovnaný, není možné jej tedy sestavit jako deficitní.

Další rozdíl je možné najít ve velikosti rozpočtů. Zatímco národní rozpočty běžně dosahují 40 % podílu na hrubém národním produktu, velikost podílu rozpočtu Evropské unie na velikosti hrubého národního produktu se pohybuje kolem hodnoty 1,2 %. Rozdíl je tedy markantní a svědčí to také o tom, jak členské státy přistupují k tomuto nástroji. Hovoříme-li o rozpočtu Evropské unie a rozpočtech národních, je rozdíl rovněž ve struktuře příjmů. Společný rozpočet Evropské unie má přesně vymezené a limitované zdroje příjmů, kdežto rozpočty národní, a tedy i rozpočet České republiky, nemají přímo definováno, z jakých zdrojů mohou získávat příjmy.³⁰

Pokud se zaměříme pouze na rozpočtový proces, najdeme mezi rozpočtovými pravidly evropskými a českými rovněž několik rozdílů. Tak zaprvé je to existence na evropské úrovni tzv. dohodovacího výboru, který v českém rozpočtovém procesu nenajdeme. Další rozdíl je možné spatřovat v nástrojích pro dlouhodobé plánování. V případě českého střednědobého výhledu je délka plánování dva roky, v Evropské unii je toto období minimálně pětileté, tedy o mnoho delší. Rozdíl spíše praktického rázu se objevuje v případě samotného schvalování rozpočtu. V České republice se

²⁸ Čl. 316 Konsolidovaného znění Smlouvy o fungování Evropské unie.

²⁹ Srov. Kosikowski, C. Prawo finansowe w Unii Europejskiej. Wyd. 1. Bydgoszcz: Oficyna wydawnicza Branta, 2008, s. 126-128.

³⁰ Rozpočet EU, ze dne 23. února 2011 [citováno 12. Května 2011]. Dostupný z: http://ec.europa.eu/ceskarepublika/abc/budget/index_cs.htm.

vede vždy dlouhá a zuřivá debata nejprve mezi členy koalice a dále mezi koalicí a opozicí a mnohdy se stane, že je rozpočet schvalován na poslední chvíli. Schvalování rozpočtu Evropské unie prozatím vždy probíhalo v klidu a vše se stihlo schválit v požadovaných termínech.

Kromě rozdílů můžeme v rozpočtovém procesu najít také mnoho shod. Oba rozpočty jsou schvalovány zákonodárnými sbory (Evropský parlament, Poslanecká sněmovna) a návrhy zákonů vypracovávají orgány podobného charakteru (Komise, Vláda). Také samotný proces je možné v obou případech rozdělit do tří základních fází a i plnění rozpočtu je provázáno podobnými pravidly, stejně tak můžeme v rámci obou procesů hovořit o institutu rozpočtového provizoria.

Závěr

Na základě výše uvedeného textu je možné říci, že česká rozpočtová pravidla ve srovnání s rozpočtovými pravidly evropskými mají velmi mnoho společných rysů, avšak při bližším zkoumání narazíme na některé rozdíly, které oba dva procesy od sebe částečně odlišují. Je to dáno dle mého názoru tím, že rozpočtový proces jako takový vychází ze společných základů a v případě dvou výše popisovaných rozpočtových procesů je tento společný základ ještě markantnější, protože vycházejí ze stejného právního systému. Avšak je třeba vždy brát v úvahu specifický charakter Evropské unie, která se odlišuje jak od národních států, tak i od mezinárodních organizací, a právě tento fakt má vliv na to, že se mohou objevit výše uvedené rozdíly.

Literature:

- Bakeš, M., Karfíková, M., Kotáb, P., Marková, H. a kol.: Finanční právo, 5. upr. vyd., Praha: C.H. Beck, 2009, 576 s., ISBN 978-80-7400-801-6
- Kosikowski, C.: Prawo finansowe w Unii Europejskiej. Bydgoszcz: Oficyna wydawnicza Branta, 2008, 241 s., ISBN 978-83-6018-668-8
- Marková, H., Boháč, R.: Rozpočtové právo, Praha: C.H.Beck, 2007, 248 s., ISBN 978-80-7179-598-8
- Mrkývka, P.: Finanční právo a finanční správa 1. díl, Brno: Masarykova univerzita, 2004, 404 s., ISBN 80-210-3578-1
- Mrkývka, P., Pařízková, I.: Základy finančního práva, Brno: Masarykova univerzita, 2008, 252 s., ISBN 978-80-210-4514-9

- Nowak-Far, A.: *Finanse Unii Europejskiej - aspekty instytucjonalne i prawne*, Warszawa: Instytut wydawniczy EuroPrawo, 2010, 138 s., ISBN 978-83-7627-043-2
- Outláš, V. a kol.: *Právo Evropské unie*, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, 387 s., ISBN 978-80-7380-084-0
- Tkaczyński, J. W.: *Leksykon funduszy Unii europejskiej*, Warszawa: Wydawnictwo C.H.Beck, 2009, 484 s., ISBN 978-83-255-0672-8
- Konsolidované znění Smlouvy o fungování Evropské unie
- Nařízení Rady (ES, Euratom) č. 1605/2002, kterým se stanoví finanční nařízení o souhrnném rozpočtu ES
- Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny, ve znění pozdějších předpisů
- Vyhláška Ministerstva financí č. 323/2002 Sb., o rozpočtové skladbě, ve znění pozdějších předpisů

Contact – email

koziel@mail.muni.cz

OSOBNÍ PŮSOBNOST NAŘÍZENÍ BRUSEL I VE SVĚTLE PROBÍHAJÍCÍ REVIZE

KLÁRA SVOBODOVÁ, TEREZA KYSELOVSKÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá otázkou osobní působnosti nařízení Brusel I ve světle jeho probíhající revize. V současné podobě je osobní působnost nařízení založena na podmínce bydliště žalovaného v některém členském státě EU. Z tohoto pravidla existuje jen několik málo výjimek. Dle připravované revize by se mělo nařízení aplikovat i v situaci, kdy bude mít žalovaný bydliště mimo EU. Tento příspěvek rozebírá současný stav osobní působnosti nařízení, navrhovanou změnu a její dopad na jednotlivá ustanovení v nařízení.

Key words in original language

Nařízení Brusel I, osobní působnost, bydliště, revize

Abstract

This paper deals with the question of personal scope of Regulation Brussels I in the light of the ongoing revision of this instrument. At present, the personal scope of the Regulation depends on the condition that a defendant has domicile in one of the Member States. There are only few exceptions to this rule. Under the revised version, the Regulation would be applicable also in the situation, in which the defendant has the domicile outside the EU. This paper analyzes the present situation of the personal scope, the revised version and its impact on the particular provisions of the Regulation.

Key words

Regulation Brussels I, personal scope, domicile, revision

Úvod

Tento příspěvek se zabývá otázkou osobní působnosti nařízení Brusel I¹ ve světle jeho probíhající revize. V současné podobě je osobní působnost nařízení založena na podmínce bydliště žalovaného v některém členském státě EU. Z tohoto pravidla existuje jen několik málo výjimek. Dle připravované revize by se mělo nařízení aplikovat i v situaci, kdy bude mít žalovaný bydliště mimo EU. Tento příspěvek rozebírá současný stav osobní

¹ 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 citováno jako nařízení Brusel I/nařízení).

působnosti nařízení, navrhovanou změnu a její dopad na jednotlivá ustanovení v nařízení.

Působnost nařízení Brusel I

Nařízení Brusel I je základním procesním předpisem pro justiční spolupráci v Evropské unii. Cílem nařízení je volný pohyb rozhodnutí v občanských a obchodních věcech stanovením jednotných pravidel pro příslušnosti soudů a uznání a výkonu rozhodnutí.² Nařízení Brusel I se vztahuje na nároky ze smluvních, odpovědnostních a vlastnických vztahů v přeshraničních sporech, tzn. řízení s relevantním mezinárodním prvkem mezi soukromými fyzickými a právnickými osobami.³ Nařízení nahradilo Bruselskou úmluvu o pravomoci a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech z roku 1968.

Pro správnou a řádnou aplikaci předpisů je nutno zkoumat jejich územní, časovou věcnou a osobní působnost. Z hlediska územní působnosti je nařízení Brusel I právně závazné a aplikovatelné na území členských států EU⁴ (včetně Dánska, které má zvláštní režim pro justiční spolupráci v rámci Smlouvy o fungování Evropské unie⁵).

Nařízení se vztahuje na řízení zahájená a veřejné listiny vypracované po vstupu nařízení v platnost, tedy od 1. března 2002⁶ (pro Českou republiku od 1. května 2004).

Z hlediska věcné působnosti je významný článek 1. Nařízení Brusel I se vztahuje na věci občanské a obchodní bez ohledu na druh soudu. Nevztahuje se zejména na věci daňové, celní a správní. Nařízení se vztahuje na řízení mezi soukromými osobami, nikoliv na řízení s veřejnoprávními osobami, které jednají ve výkonu veřejné moci.⁷ Článek 1 odst. 2 nařízení Brusel I výslovně vylučuje některé otázky, které do rozsahu působnosti nařízení nespadají. Tyto otázky byly vyloučeny z důvodů jejich rozdílného zařazení do soukromého, resp. veřejného práva v jednotlivých členských státech. Některé z nich jsou také předmětem jiných mezinárodních smluv (například Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů)

² Bod 6 Preamble k nařízení Brusel I.

³ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 48.

⁴ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 23.

⁵ Dánsko přistoupilo k bruselskému režimu samostatnou mezinárodní smlouvou s EU ze dne 1. 7. 2007.

⁶ Článek 66 a 76 nařízení Brusel I.

⁷ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 52.

nebo evropských předpisů (například Rady (ES) č. 4/2009 ze dne 18. prosince 2008 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovacích povinností). Nařízení Brusel I se nevztahuje na věci osobního stavu, způsobilosti fyzické osoby k právům a právním úkonům, majetkové vztahy mezi manželi a dědění, včetně dědění ze závěti; konkursy, vyrovnání a podobná řízení; sociální zabezpečení; rozhodčí řízení.

Z hlediska osobní působnosti jsou významné články 2 - 4, jejichž rozboru se věnuje následující kapitola.

Osobní působnost - zásada bydliště žalovaného v členském státě EU

Základní pravidlo pro obecnou působnost je obsaženo v článku 2. Dle odst. 1 *"nestanoví-li toto nařízení jinak, mohou být osoby, které mají bydliště na území některého členského státu, bez ohledu na svou státní příslušnost žalovány u soudů tohoto členského státu"*. Dle odst. 2 se *"na osoby, které nejsou státními příslušníky členského státu, v němž mají bydliště, se použijí pravidla pro určení příslušnosti, která se použijí pro jeho vlastní státní příslušníky"*.

Nařízení Brusel I je možné aplikovat, má-li žalovaný bydliště na území EU, státní příslušnost žalovaného není pro účely nařízení rozhodující. Tato úprava je potvrzením zásady *actor sequitur forum rei*. Jak vyplývá z judikatury Soudního dvora EU, nařízení se použije bez ohledu na bydliště žalovaného, které může být i mimo území EU.⁸ Nařízení Brusel I nezakládá pravomoc konkrétního soudu členského státu, tato se určí dle národních procesních pravidel.⁹

Jak vyplývá z judikatury Soudního dvora EU, článek 2 je kogentní (*mandatory provision*), od které se státy nemohou odchýlit.¹⁰ Článek 2 proto neumožňuje využít zásady *forum non convenies*¹¹, známé zejména v systému common law.

Jak bylo uvedeno výše, je nařízení Brusel I založeno na zásadě bydliště žalovaného, jeho státní příslušnost není pro účely nařízení rozhodující. Pojem bydliště je dále rozveden pro osoby fyzické (článek 59) a osoby

⁸ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 71.

⁹ Ibid.

¹⁰ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 72.

¹¹ Dle zásady *forum non conveniens* se soud může na základě vlastní úvahy prohlásit nepřislušným, existuje-li jiný soud, jenž by byl pro řízení vhodnější. In Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 280 a násl.

právnícké (článek 60). Článek 59 neobsahuje autonomní definici bydliště u fyzických osob. Obsahuje kolizní normu, podle které pro posouzení, zda má strana bydliště na území členského státu, u kterého bylo zahájeno řízení, použije soud své právo. Nemá-li strana bydliště v členském státě podání návrhu na zahájení řízení, pak na základě zásady *lex fori* použije soud své právo pro posouzení bydliště žalovaného. Nařízení Brusel I obsahuje autonomní definici bydliště právníckých osob v článku 60. Dle tohoto ustanovení má obchodní společnost, jiná právnícká osoba, sdružení fyzických nebo právníckých osob bydliště v místě, kde má tato osoba své sídlo, nebo ústředí nebo hlavní provozovnu. Článek 60 obsahuje dále pravidla pro bydliště právníckých osob v případě Spojeného království a Irsko (odst. 2) a trusů (odst. 3). Výjimku v ustanovení článku 60 je možné nalézt v článku 22 odst. 2 v případě řízení o platnosti založení, nulity nebo zrušení právníckých osob.

Článek 2 odst. 2 nařízení Brusel I obsahuje zásadu asimilace. Podle tohoto ustanovení se na osoby, které nemají státní příslušnost členského státu svého bydliště, použijí pravidla pro určení příslušnosti pro státní příslušníky tohoto státu.

Nařízení Brusel I výslovně stanoví, že osoby, které mají bydliště na území některého členského státu, mohou být u soudů jiných členských států žalovány pouze na základě pravidel stanovených v oddílech 2 - 7 nařízení.¹² Jedná se o taxativní výčet.¹³ Nařízení výslovně stanoví, že na osoby mající bydliště na území některého členského státu nesmí být použita zejména pravidla pro určení příslušnosti uvedená v Příloze 1.¹⁴ Pravidla uvedená v Příloze 1 jsou tzv. exorbitantními důvody, která nejsou vhodná pro mezinárodní pravidla o příslušnosti. Jsou založeny například na pravidlech státní příslušnosti, poloze movitostí apod.¹⁵

Má-li žalovaný bydliště mimo území některého členského státu, pak se příslušnost soudů každého členského státu určuje podle jeho vlastních právních předpisů. Uvedené pravidlo *lex fori* se neuplatní v případě článků 22 a 23.¹⁶ Za stejnou výjimku je možné považovat i článek 24, který se aplikuje bez ohledu na bydliště žalovaného. Pravidla speciální příslušnosti pro pojistné, spotřebitelské a individuální pracovní smlouvy nebrání aplikaci

¹² Článek 3 odst. 1 nařízení Brusel I.

¹³ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 74.

¹⁴ Článek 3 odst. 2 nařízení Brusel I.

¹⁵ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 74.

¹⁶ Článek 4 odst. 1 nařízení Brusel I.

článku 4.¹⁷ Rozhodnutí vydané soudem členského státu na základě tohoto ustanovení je uznatelné a vykonatelné ve všech členských státech EU. Pravidla nařízení Brusel I týkající se uznání a výkonu cizích rozhodnutí neobsahují pravidlo bydliště žalovaného, musí se jednat pouze o rozhodnutí vydané soudem některého členského státu.¹⁸ Může se tak jednat o uznání a výkon rozhodnutí proti žalovanému s bydlištěm mimo území EU. Článek 4 je nutné vykládat v souvislosti s článkem 72 nařízení, který se týká dohod uzavřených mezi členským státem a třetí nečlenskou zemí o neuznání některých rozhodnutí proti žalovaným s bydlištěm nebo obvyklým pobytem na území třetí země.

Proti žalovanému s domicilem mimo území členského státu EU každá osoba, která má bydliště na území některého členského státu, může v tomto státě odvolávat bez ohledu na svou státní příslušnost na pravidla pro určení příslušnosti platná v tomto státě, zejména na pravidla uvedená v příloze I, stejným způsobem jako jeho vlastní státní příslušníci.¹⁹

Výjimky ze zásady bydliště žalovaného v členském státě EU

Text nařízení Brusel I počítá výslovně se třemi výjimkami ze zásady bydliště žalovaného v členském státě EU. Za první se jedná o články 9 odst. 2, 15 odst. 2 a 18 odst. 2. Druhou výjimku představuje článek 22 a třetí článek 23. Problematický v tomto ohledu zůstává článek 24 nařízení.

Články 9 odst. 2, 15 odst. 2 a 18 odst. 2

Tato ustanovení se týkají speciální příslušnosti ve věcech pojišťovacích, ve věcech spotřebitelských smluv a ve věcech individuálních pracovních smluv. Společným účelem těchto příslušností je ochrana slabší strany. Slabší strana je v zásadě chráněna třemi způsoby. Pokud je slabší strana žalovaným, může být žalována pouze v tom členském státě, kde má bydliště.²⁰ Pokud je žalobcem, má možnost výběru, kde podá žalobu. Kromě členského státu, kde má bydliště smluvní partner, je to vždy ve státě, který

¹⁷ Mankowski uvádí příklad pojistitele, jenž nemá domicil na území některého členského státu EU, přesto může být před soudy těchto států žalován podle jejich národních pravidel. Bude-li mít ovšem pobočku nebo provozovnu v jednom z členských států, bude považován za domicilovaného v tomto členském státě. In Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 76.

¹⁸ Článek 32 nařízení Brusel I.

¹⁹ Článek 4 odst. 2 nařízení Brusel I.

²⁰ Viz články 12, 16 odst. 2, 20 odst. 1 nařízení Brusel I.

má blíže k slabší straně.²¹ A v neposlední řadě je v těchto případech omezena možnost prorogace.²²

Zatímco v případě slabších stran (jako žalovaných) dopadají ochranná ustanovení pouze na osoby s bydlištěm v EU, v případě stran silnějších toto není nutné. Články 9 odst. 2, 15 odst. 2 a 18 odst. 2 stanoví, že nemá-li pojistitel, smluvní partner spotřebitele či zaměstnavatel bydliště na území členského státu, avšak má v některém členském státě pobočku, zastoupení nebo jinou provozovnu, je s ním při sporech vyplývajících z jejich provozu jednáno tak, jako by měl bydliště na území tohoto členského státu. Tato ustanovení obsahují fikci bydliště. I když osoba nemá bydliště v EU, je s ní jednáno, jako by bydliště v některém členském státě měla.

Příslušnost ve věcech pojišťovacích, spotřebitelských a pracovních je upravena pouze oddíly 3, 4 a 5. Tyto oddíly vylučují použití jiných ustanovení o příslušnosti obsažených v nařízení s výjimkou těch, na které je přímo odkazováno. Toto je případ článku 4 a článku 5 odst. 5. Odkaz na článek 4 znamená, že i u speciálních příslušností platí, nemá-li žalovaný bydliště na území některého členského státu, určuje se příslušnost soudů členského státu podle jeho vlastních právních předpisů. To však neplatí v případě, kdy pojistitel, smluvní partner spotřebitele nebo zaměstnavatel mají v členském státě pobočku, zastoupení či jinou provozovnu. V takovém případě se s nimi zachází, jako kdyby měli bydliště v EU, a mohou na ně dopadat pravidla obsažená v nařízení. Tuto situaci je nutné odlišit od situace, kterou řeší článek 5 odst. 5. Článek 5 odst. 5 je jednou z tzv. alternativních příslušností, která se použije tehdy, kdy má osoba bydliště v jednom členském státě a v jiném členském státě má pobočku, zastoupení či jinou provozovnu.²³

Článek 22

Článek 22 obsahuje pravidla výlučné příslušnosti. Výlučná příslušnost podle článku 22 musí být vždy respektována a má přednost před všemi ostatními pravidly příslušnosti. Pravidla obsažená v článku 22 vychází ze zvláště úzkého spojení s územím určitého státu. Z úvodní věty článku 22 vyplývá, že pravidla tam obsažená budou aplikována bez ohledu na bydliště stran. Článek 22 je rovněž výslovně uveden jako výjimka v článku 4, podle kterého žalovaný s bydlištěm mimo EU podléhá národním předpisům o příslušnosti.

²¹ Viz články 9, 10, 11, 16 odst. 1, 19 nařízení Brusel I.

²² Viz články 13, 17, 21 nařízení Brusel I.

²³ Viz rovněž Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 273, 307, 318 - 319, 329 - 331.; Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 169 - 176.

Článek 22 má přednost před obecným pravidlem o příslušnosti obsaženým v článku 2 i před pravidly obsaženými v člancích 5 a 6. Výlučná příslušnost nemůže být změněna prorogační dohodou stran ve smyslu článku 23 ani tzv. tichou prorogací ve smyslu článku 24. V případě, že je zahájeno řízení u soudu členského státu a soudy jiného státu mají výlučnou příslušnost podle článku 22, je soud, u něhož bylo řízení zahájeno, povinen bez návrhu prohlásit, že není příslušný.²⁴ Porušení pravidel výlučné příslušnosti je důvodem pro odmítnutí uznání a výkonu rozhodnutí podle článku 35.

Článek 22 se bez dalšího použije, pokud některé z kritérií v něm obsažené (např. poloha nemovitosti) ukazuje k členskému státu. Bydliště žalovaného či jiná vazba s EU se nevyžaduje.²⁵

Nařízení Brusel I neřeší situaci, kdy mají výlučnou příslušnost soudy státu, který není členem EU, např. nemovitost se nachází na území třetího státu. Pokud žalovaný v daném sporu nemá bydliště v EU, nařízení se nepoužije. Sporná je situace, kdy žalovaný má bydliště na území některého členského státu. Podle některých názorů jsou v tomto případě použitelná ostatní ustanovení o příslušnosti, zejména článek 2. Jiný názor tvrdí, že pouze kritéria obsažená v článku 22 jsou v daných situacích vhodná a soud členského státu by měl odepřít svoji příslušnost.²⁶

První názor vychází z kogentní povahy pravidel o příslušnosti obsažených v nařízení. Kogentní povaze nasvědčuje především samotný text článku 2.²⁷ Kogentní povaze článku 2 přisvědčil i ESD v rozhodnutí *Owusu*.²⁸ ESD uvádí, že *článek 2 Bruselské úmluvy má povahu kogentní normy a, jak vyplývá z jeho samotného znění, připustit odchylku zásady, která je v něm stanovena, je možné pouze v případech výslovně uvedených v dané úmluvě*. ESD dospěl k závěru, že soud členského státu nemůže odepřít na základě vnitrostátního pravidla svoji příslušnost ve prospěch soudu třetího státu, je-li dána jeho příslušnost na základě nařízení. ESD však vůbec povahu možné příslušnosti soudu třetího státu nezvažoval. V případě *Owusu* neměly soudy na Jamajce výlučnou příslušnost.²⁹

²⁴ Článek 22 nařízení Brusel I.

²⁵ Viz Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 347.

²⁶ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 348.

²⁷ Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 186.

²⁸ Rozsudek Soudního dvora ze dne 1.3.2005, C-281/02 Andrew Owusu v N.B. Jackson a ostatní.

²⁹ Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 187.

Druhý přístup vychází z teorie reflexivního účinku (*reflexive effect, effet réflexe*). Tato teorie dává možnost se odchýlit od kogentní povahy článku 2. Tvrdí, že pokud si členské státy nárokují v určitých případech výlučnou příslušnost, měly by totéž v podobných případech dovolit třetím státům. Tato teorie je založena na vzájemnosti, zdrženlivosti a zdvořilosti. Je nelogické, že český soud je jednoznačně nepřislušný v případě nemovitosti, která se nachází v Německu, ale může být příslušný, pokud jde o nemovitost v Chorvatsku. V případě nemovitosti v Německu je český soud povinen prohlásit svoji nepřislušnost. V případě nemovitosti v Chorvatsku může být příslušnost českého soudu dána na základě bydliště žalovaného, místa plnění smlouvy či prorogační dohodou. Ve všech případech jde o kritéria, která stojí podle nařízení Brusel I v hierarchii níže než výlučná příslušnost. Teorie reflexivního účinku se snaží hierarchii pravidel vytvořenou nařízením přenést i na vztah ke třetím státům. Soud členského státu by tak měl odeprít svoji příslušnost v případě, kdy je příslušnost soudu třetího státu založena na hierarchicky vyšším kritériu. V neposlední řadě, pokud soud členského státu rozhodne o otázce, ve které má soud členského státu výlučnou příslušnost, nebude toto rozhodnutí ve třetím státě uznáno.³⁰

V případě aplikace teorie reflexivního účinku však není jisté, co je základem pro odmítnutí příslušnosti. Je to samotné nařízení Brusel I nebo národní právo? Podle první z možností by mělo nařízení výslovně stanovit, že soud členského státu může odmítnout příslušnost. Jedná se o logické rozšíření pravidel obsažených v nařízení. Tato možnost vychází ze zásady, že nařízení obsahuje univerzální soubor pravidel. Druhá možnost odkazuje na použití národního práva, protože samotné nařízení není určeno k řešení této otázky.³¹ Použití národních pravidel pro odmítnutí příslušnosti se však ve světle rozhodnutí *Owusu* zdá neudržitelné.

Nařízení Brusel I výslovně neřeší situaci, kdy soud třetího státu má výlučnou příslušnost a žalovaný má bydliště v EU. Řešení této otázky nabízí teorie reflexivního účinku, která však nebyla potvrzena rozhodnutí ESD. Naopak rozhodnutí ESD zdůrazňující kogentní povahu článku 2 směřují spíše k úvahám, zda tato teorie vůbec existuje. Základem odmítnutí příslušnosti nemůže být národní právo, jediným základem by mohlo být samotné nařízení.

Článek 23

Další výjimkou, se kterou výslovně počítá článek 4, je článek 23. Článek 23 vyžaduje, aby alespoň jedna ze stran prorogační smlouvy měla bydliště na

³⁰ Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 188 - 189.

³¹ Tamtéž, s. 190.

území některého členského státu. Procesní postavení stran je zcela irrelevantní, protože v době, kdy je prorogační smlouva uzavírána, není jisté, kdo bude žalobcem a kdo žalovaným.

Článek 23 se obecně nepoužije v situaci, kdy strany s bydlištěm mimo území EU prorogují příslušnost soudu členského státu. V tomto případě se však aplikuje specifické ustanovení článku 23 odst. 3, který vylučuje možnou příslušnost soudů ostatních členských států. Soudy ostatních členských států nemohou v dané věci rozhodovat, ledaže by zvolený soud odmítl příslušnost. Materiální i formální platnost prorogační smlouvy soud ovšem neposoudí podle článku 23, ale podle svého práva. Článek 23 odst. 3 dává přednost zvolenému soudu. Soudy ostatních členských států musí odmítnout svoji příslušnost. Mohou ji na základě svého práva přijmout pouze tehdy, pokud zvolený soud s konečnou platností odmítl svoji příslušnost.³²

Článek 23 se použije, má-li jedna ze stran bydliště v EU jak v době uzavření prorogační dohody, tak v době zahájení řízení. Nutně to nemusí být tatáž strana. Otázka zní, zda článek 23 pokrývá i situace, kdy jedna ze stran měla bydliště v EU v době uzavření dohody, ale neměla ho v době zahájení řízení a naopak. Odpověď na tuto otázku není zcela jednoznačná.³³

Nařízení Brusel I neřeší situaci, kdy je uzavřena prorogační dohoda ve prospěch soudů třetího státu. Vztahy ke třetím státům řeší Úmluva o dohodách o výběru soudu z roku 2005,³⁴ kterou zatím podepsala EU, Mexiko a Spojené státy americké. Ratifikovalo ji však pouze Mexiko. Stejně jako v případě výlučné příslušnosti i zde může vzniknout situace, kdy strany prorogují příslušnost soudů třetího státu, ale soud některého členského státu má příslušnost na základě nařízení, například článku 2 nebo 5. Striktní interpretace a kogentní povaha pravidel o příslušnosti by vedly k závěru, že soud členského státu je povinen přijmout příslušnost. Prorogační dohoda tak bude ignorována. I zde se objevuje teorie reflexivního účinku. Výše bylo uvedeno, že základem odmítnutí příslušnost může být pouze samotné nařízení Brusel I, nikoli národní právo.³⁵ Platnost takovéto dohody však není možné posoudit podle nařízení Brusel I. Podle

³² Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 391.

³³ Viz blíže Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 394; Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 218 - 219.

³⁴ Convention on Choice of Court Agreements. Text dostupný na <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98>.

³⁵ Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 234 - 235.

rozhodnutí ESD *Coreck Maritime*³⁶ posoudí soud členského státu, u kterého byla podána žaloba, platnost takovéto prorogace podle rozhodného práva včetně kolizních norem fora. ESD v tomto rozhodnutí dovolil národnímu soudu posoudit platnost prorogační doložky ve prospěch soudů třetího státu, čímž implicitně uznal její účinky. ESD v této souvislosti vůbec nezvažoval otázku bydliště žalovaného v EU. Dal najevo, že pravidla o příslušnosti obsažená v nařízení se nepoužijí.³⁷

Článek 24

Článek 24 upravuje tzv. tichou prorogaci neboli podřízení se příslušnosti. Podle tohoto ustanovení není-li soud jednoho členského státu příslušný již podle jiných ustanovení nařízení, stane se příslušným, jestliže se žalovaný dostaví k jednání k tomuto soudu. Podstatou článku 24 je dohoda stran o příslušnosti soudu. Tato dohoda je uzavírána mlčky a až po zahájení řízení. Žalobce podá žalobu u určitého soudu členského státu a žalovaný se podřídí příslušnosti tohoto soudu tím, že se účastní řízení. Příslušnost podle článku 24 nebude založena tehdy, pokud se žalovaný účastní pouze za účelem namítání nepřislušnosti. Účastí v řízení se má na mysli právní přítomnost žalovaného v řízení. Tichá prorogace není možná v případě, kdy soudy jiného členského státu mají výlučnou příslušnost. Tichá prorogace má přednost před předchozí prorogační dohodou.³⁸

Otázkou aplikace článku 24 zůstává, zda musí mít žalovaný či některá ze stran bydliště na území některého členského státu. Článek 24 tuto otázku výslovně neřeší, protože se o bydlišti stran vůbec nezmiňuje. V zásadě existují tři možné přístupy. Podle prvního z nich je nutné, aby měl žalovaný bydliště v EU. Tento přístup se opírá především o článek 4, který jako výjimky se zásady bydliště žalovaného uvádí pouze články 22 a 23. O článku 24 se nezmiňuje. Druhý, tzv. paralelní přístup vychází z toho, že články 23 a 24 jsou v nařízení umístěny ve stejném oddílu nazvaném Ujednání o příslušnosti. V případě článku 24 by tedy měla být aplikována stejná podmínka jako v případě článku 23. Alespoň jedna ze stran by měla mít bydliště v EU. Třetí a zároveň nejširší přístup nevyžaduje bydliště žalobce ani žalovaného na území některého členského státu. Tento názor je podpořen rozhodnutím ESD *Group Josi*.³⁹ Otázka aplikace článku 24 z pohledu osobního zůstává nejistá. Zdá se nepravděpodobné, že by autoři

³⁶ Rozsudek Soudního dvora ze dne 9.11.2000, C-387/98 *Coreck Maritime GmbH v Handelsveem BV* a ostatní.

³⁷ Kruger, T. *Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States*. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 234 - 235.

³⁸ K tiché prorogaci viz podrobně Magnus, U., Mankowski, P. *Brussels I Regulation*. München : Sellier European Law Publishers. s. 437 - 448.

³⁹ Rozsudek ESD ze dne 13.7.2000, C-421/98 *Group Josi Reinsurance Company SA v Universal General Insurance Company (UGIC)*.

nařízení v článku 4 výslovně zmínili články 22 a 23 a opomněli článek 24, kdyby měl být rovněž výjimkou.⁴⁰ *Jenard* ve své Zprávě k Bruselské úmluvě uvádí, že článek 24 dopadá pouze na žalované s bydlištěm v některém členském státě.⁴¹ Nelze však opomíjet ani postoj ESD, i když se objevuje pouze v odůvodnění, které není pro národní soudy závazné. Podstatou paralelního přístupu je předvídatelnost aplikace nařízení Brusel I. Ta je však opodstatněná v případě prorogační dohody, která může být uzavírána dlouho před vznikem sporu. U podřízení se příslušnosti mohou obě strany rozumně předvídat aplikaci nařízení Brusel I.⁴²

Revize nařízení Brusel I

V současné době probíhá rozsáhlá odborná diskuze zúčastněné veřejnosti, členských států, dalších orgánů a odborníků k revizi stávajících pravidel pro určení příslušnosti soudů v nařízení Brusel I. Dle článku 73 nařízení Brusel I je Komise povinna nejpozději do pěti let po vstupu nařízení v platnost předložit Evropskému parlamentu, Radě a Hospodářskému a sociálnímu výboru zprávu o uplatňování tohoto nařízení. V případě potřeby předloží ke zprávě návrhy na její změnu.

Dne 21. dubna zveřejnila Komise Zprávu o uplatňování nařízení Brusel I⁴³ a současně Zelenou knihu o posouzení nařízení Brusel I⁴⁴. Komise zohlednila také výsledky několika studií k různým aspektům revize, zejména tzv.

⁴⁰ Chlebcová, R. The Impact of Civil Jurisdiction Rules on Third States (Article 4). In Dny práva - 2008 - Days of Law [online]. Brno : Masarykova univerzita, 2008 [cit. 2011-05-04]. s. 644. Dostupné z <<http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/index.html>>.

⁴¹ Jenard, P. Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, ÚV C 59 s. 1 - 65, 5.3.1979.

⁴² Viz Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 446 - 448; Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 120 - 123.

⁴³ Commission of the European Communities. Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Brussels, 21.4.2009, COM(2009) 174 final (dále citováno jako Zpráva Komise).

⁴⁴ Commission of the European Communities. Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. Brussels, 21.4.2009, COM(2009) 175 final (dále citováno jako Zelená kniha).

Heidelberské zprávy⁴⁵ a v prosinci 2010 navrhla revidované znění textu nařízení Brusel I.⁴⁶

Jak uvádí Důvodová zpráva k návrhu revize nařízení Brusel I, "celkově je v EU neuspokojivý přístup ke spravedlnosti ve sporech, v nichž je žalovaným osoba z třetí země mimo EU". "Vyjma několika výjimek se stávající nařízení se použije pouze tehdy, když má žalovaný bydliště v rámci EU. V ostatních případech se příslušnost řídí vnitrostátním právem. Rozdílnosti ve vnitrostátním právu způsobují, že obchodní společnosti z EU nemají rovný přístup ke spravedlnosti při transakcích s partnery z třetích zemí: některé se mohou snadno domáhat soudní ochrany v EU, jiné nikoliv, a to dokonce v situacích, kdy není příslušný žádný jiný soud zajišťující řádný proces. V případech, kdy vnitrostátní právní předpisy nepřiznávají možnost obrátit se na soud ve sporech s osobami mimo EU, není navíc zaručen výkon mandatorního práva EU ochraňujícího určité osoby, např. spotřebitelů, zaměstnanců nebo obchodních zástupců."

Nařízení Brusel I v současné podobě neobsahuje pravidlo pro určení příslušnosti soudu členského státu v případě řízení proti žalovanému z třetího nečlenského státu. Cílem návrhu revidovaného textu je vytvoření jednotných pravidel s vyloučením aplikace národních procesních předpisů. Tento cíl je v souladu s právní úpravou vztahu ke třetím nečlenským státům EU v dalších předpisech evropského práva, jako nařízení Brusel II bis⁴⁷, nařízení o výživném⁴⁸, nařízení o insolenci⁴⁹, návrh nařízení o dědictví a závětech a dalších. Tento cíl je konzistentní s úpravou v nařízení Řím I⁵⁰ a nařízení Řím II⁵¹, jež obě mají univerzální působnost, a právo určené na základě těchto nařízení se použije bez ohledu na to, zda je právem některého z členských států, či nikoliv.

⁴⁵ Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, T. report on the Application of Regulation Brussel I in the Member States. Ruprecht-Karls-Universitaet Heidelberg, Institut für Ausländisches und Internationales Privat - und - Wirtschaftsrecht, Study JLS/C4/2005/03, 2007, s. 365.

⁴⁶ Návrh Nařízení Evropského parlamentu a Rady o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (přepřacované znění). 2010, KOM(2010) 748.

⁴⁷ Nařízení Rady (ES) č. 2201/2003 ze dne 27. listopadu 2003 o příslušnosti a uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti a o zrušení nařízení (ES) č. 1347/2000.

⁴⁸ Nařízení Rady (ES) č. 4/2009 ze dne 18. prosince 2008 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovacích povinností.

⁴⁹ Nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 ze dne 29. května 2000 o úpadkovém řízení.

⁵⁰ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (nařízení Řím I)

⁵¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11. července 2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (nařízení Řím II)

Je otázkou, nakolik má EU pravomoc vydávat právní předpisy upravující práva a povinnosti ke třetím nečlenským státům, neboť zde chybí potřebný úzký vztah k vnitřnímu trhu EU. Východiskem je článek 81 odst. 2 Smlouvy o fungování EU, který umožňuje přijímání opatření nezbytná zejména k řádnému fungování vnitřního trhu. Vnitřní trh je v této oblasti uveden pouze jako jeden z příkladů. Z toho dle Webera vyplývá, že vytváření evropského prostoru svobody, bezpečnosti a práva je jedním z cílů evropské politiky, který je nezávislý na vnitřním trhu.⁵² Je nutné vytvořit jednotná pravidla příslušnosti soudů a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí ve vztahu ke třetím nečlenským státům.

Navrhovaná právní úprava univerzální působnosti

Návrh Komise obsahuje následující právní úpravu. Dle (nového) článku 3 odst. 1 *"nestanoví-li toto nařízení jinak, mohou být osoby, které mají bydliště na území některého členského státu, bez ohledu na svou státní příslušnost žalovány u soudů tohoto členského státu"*. Dle odst. 2 *"na osoby, které nejsou státními příslušníky členského státu, v němž mají bydliště, se použijí pravidla pro určení příslušnosti, která se použijí pro jeho vlastní státní příslušníky"*. Dle (nového) článku 4 odst. 1 *"osoby, které mají bydliště na území některého členského státu, mohou být u soudů jiného členského státu žalovány pouze na základě pravidel stanovených v oddílech 2 až 7 této kapitoly"*. Do tohoto článku byl vložen nový odstavec stanovící, že *"osoby, které nemají bydliště na území žádného členského státu, mohou být u soudů některého členského státu žalovány pouze na základě pravidel stanovených v oddílech 2 až 8"*.

Projev univerzální působnosti u jednotlivých pravidel o příslušnosti

Univerzální působnost se dotkne většiny stávajících pravidel o příslušnosti obsažených v nařízení. Jedná o alternativní příslušnost, speciální příslušnost, prorogaci i tichou prorogaci. V důsledku univerzální příslušnosti navíc nařízení zavádí dvě nová pravidla o příslušnosti.

Alternativní příslušnost - články 5 a 6

Ve stávající podobě je možnost použití pravidel obsažených v člancích 5 a 6 podmíněna existencí bydliště žalovaného na území některého členského státu. Vyžadují se tak dvě spojení s územím EU - bydliště žalovaného a některé z kritérií obsažené v alternativních pravidlech (např. místo plnění či místo škodné události). Nově bude dostačující pouze umístění alternativních kritérií v EU. Bude tedy možné například žalovat u soudu členského státu

⁵² Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 4. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

osobu s bydlištěm ve třetím státě, pokud půjde o nárok z kupní smlouvy a místo dodání se bude nacházet v tomto členském státě.

Změna se však nedotkne článku 6 odst. 1, který upravuje spojení žalob proti několika žalovaným.⁵³ I nová podoba článku 6 odst. 1 uvádí: "*Osoba může být též žalována, má-li bydliště v členském státě a je-li žalováno více osob společně, u soudu místa, kde má bydliště některý ze žalovaných, za předpokladu...*" Článek 6 odst. 1 tak nadále dopadá pouze na žalované s bydlištěm v EU. Žalovaný s bydlištěm ve třetím státě nemůže být bez dalšího žalován, pokud jde o spojené nároky, před soudem členského státu, kde má jiný žalovaný bydliště. Není příliš zjevné, proč článek 6 odst. 1 zachází s osobami ze třetího státu v tomto případě jinak. Je-li hlavním smyslem tohoto ustanovení procesní ekonomie a snaha zabránit vydání neslučitelných rozhodnutí, stejné riziko hrozí i v případě žalovaných s bydlištěm mimo EU. Soud jiného členského státu může mít nyní příslušnost ohledně těchto osob na základě jiných ustanovení obsažených v nařízení. Navíc, pokud má nařízení nyní zcela nahradit národní pravidla o příslušnosti, vylučuje se tím i spojení žalob možné na základě národního práva.⁵⁴

Speciální příslušnost - články 8 - 20

Univerzální působnost nařízení se samozřejmě dotkne i pravidel speciální příslušnosti ve věcech pojišťovacích, spotřebitelských a pracovních. V současné podobě může slabší strana spoléhat na ochranná ustanovení pouze tehdy, má-li její smluvní partner bydliště na území EU. Výše bylo uvedeno, že pojistitel, smluvní partner spotřebitele a zaměstnavatel mají bydliště v EU i tehdy, pokud zde mají alespoň pobočku, zastoupení či jinou provozovnu. Nově bude moci slabší strana spoléhat na ochranná ustanovení i tehdy, pokud její smluvní partner bydliště v EU vůbec nemá, tedy nemá zde ani pobočku, zastoupení či jinou provozovnu. Fikce bydliště v podobě pobočky, zastoupení či jiné provozovny zůstane zachována. S těmito osobami bude nakládáno tak, jako kdyby v EU bydliště měly.

Ochranná ustanovení ale dopadají nadále pouze na slabší strany s bydlištěm na území některého členského státu. Pokud bude "silnější" strana s bydlištěm v EU před soudy členského státu žalovat slabší stranu s bydlištěm ve třetím státě, může spoléhat pouze na jiná pravidla obsažená v nařízení, zejména článek 5, článek 23 nebo nový článek 25. Otázka zní,

⁵³ K článku 6 odst. 1 viz např. Nový, Z. Výklad článku 6 odst. 1 nařízení Brusel I a zneužití práva na žalobu ve světle judikatury Evropského soudního dvora. In Dny veřejného práva [online]. Brno : Masarykova univerzita, 2007 [cit. 2011-05-04]. S.1111 - 1133. Dostupné z <<http://www.law.muni.cz/sborniky/Days-of-public-law/index.html>>.

⁵⁴ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 8 - 9. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

pokud nařízení podřizuje silnější strany ze třetích států speciálním ochranným pravidlům, nemělo by rovněž umožnit soudům členského státu odepřít příslušnost ve prospěch soudů třetího státu, kde má slabší strana bydliště? Například bude-li před soudem členského státu žalován spotřebitel, který má bydliště v některém třetím státě. Ochrana spotřebitele je jednou z politik EU, jejímž projevem je právě speciální příslušnost v článcích 15 - 17 nařízení. Není však zcela přesvědčivé tento přístup rozšiřovat i na třetí státy. Na druhou stranu, nařízení Řím I dopadá i na spotřebitele ze třetích států. Řešení této otázky tak není zcela jasné.⁵⁵

Prorogační dohody - článek 23

Na úvod je nutné poznamenat, že článku 22, tedy výlučné příslušnosti, se změna osobní působnosti nijak nedotýká. Toto ustanovení je nadále aplikovatelné bez ohledu na bydliště žalobce i žalovaného.

Změna se však dotýká úpravy prorogace v článku 23, jehož působnost se tak rozšiřuje. Zatímco dosud byl použitelný pouze tehdy, měla-li jedna ze stran bydliště v některém členském státě, bude nadále použitelný i tehdy, nemá-li žádná ze stran prorogační dohody bydliště v členském státě a tyto strany si volí soud nebo soudy členského státu. S tím souvisí i zrušení článku 23 odst. 3, který je v nových souvislostech nadbytečný.

Nová podoba článku 23 tak přináší osobám ze třetích států, které chtějí prorogovat soudy členského státu, jednotný režim prorogace platný ve všech členských státech. Tím se zvyšuje předvídatelnost a právní jistota těchto stran.⁵⁶ Článek 23 navíc nově zavádí jednotnou kolizní normu pro materiální platnost prorogační dohody.

Tichá prorogace - článek 24

Zavedení univerzální působnosti s definitivní platností odstraní spory, pokud jde o bydliště stran pro účely článku 24. Nyní zcela jistě nebude nutné, aby žalobce či žalovaný měli bydliště na území některého členského státu.

Nová pravidla o příslušnosti - články 25 a 26

⁵⁵ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 13 - 14. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>..

⁵⁶ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 7 - 8. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

Nařízení Brusel I nově zavádí dvě pravidla o příslušnosti - podpůrnou příslušnost obsaženou v článku 25 a *forum necessitatis* v článku 26. Článek 25 stanoví: "*Není-li žádný soud členského státu příslušný podle článků 2 - 24, jsou příslušné soudy členského státu, na jehož území se nachází majetek náležející žalovanému za předpokladu, že a) hodnota majetku není ve vztahu k hodnotě nároku nepřiměřená a b) spor vykazuje dostatečnou vazbu na členských stát, u jehož soudu byl podán návrh.*"

Článek 25 dopadá pouze na žalované s bydlištěm mimo EU. U žalovaných s bydlištěm v EU bude vždycky dána obecná příslušnost soudů členského státu podle článku 2 a nebyla by tak naplněna podmínka, není-li žádný soud příslušný podle článků 2 - 24. Na žalované s bydlištěm ve třetím státě lze článek 25 použít jen tehdy, nemá-li žádný soud členského státu příslušnost podle předchozích ustanovení v nařízení.

Článek 25 představuje tzv. exorbitantní pravidlo příslušnosti. Kritériem pro založení příslušnosti je zde přítomnost majetku žalovaného v členském státě. Toto pravidlo však není omezeno pouze na žaloby související s tímto majetkem, je myšleno jako obecná příslušnost. Pokud by se článek 25 opíral pouze o přítomnost majetku, jednalo by se o vysoce exorbitantní pravidlo. Toto je však zmírněno přítomností dvou omezujících požadavků: přiměřenost hodnoty majetku k hodnotě sporu a existence dostatečné vazby mezi soudem a sporem.⁵⁷

Pravidlo přiměřenosti hodnoty vychází z pravidla existujícího v rakouském právu, kde musí hodnota majetku představovat alespoň 20% hodnoty sporu. To znamená, například deštník zapomenutý v hotelu v určitém členském státě nemůže založit příslušnost pro spor v hodnotě milion euro. Existence dostatečné vazby je velmi neurčitým spojením, které stěží může garantovat právní jistotu. Dostatečná vazba není v nařízení blíže specifikována, a proto bude pravděpodobně velmi těžké dosáhnout jednotné interpretace v členských státech. Hrozí tak, že se soudy jednotlivých členských států uchýlí zpátky k aplikaci národních zásad. To by ovšem bylo v přímém rozporu s cílem nové verze nařízení, která má zcela nahradit národní pravidla o příslušnosti. Bylo by dobré, alespoň cestou demonstrativního výčtu, uvést, které skutečnosti mohou svědčit o dostatečné vazbě. Může se jednat například o bydliště žalobce, státní příslušnost, rozhodné právo, výkon podnikatelské činnosti, dostupnost důkazů či existenci souvisejících řízení. Bylo by rovněž vhodné specifikovat váhu jednotlivých kritérií. I v případě specifikace však samozřejmě hrozí, že nebudou pokryty všechny v úvahu přicházející případy.⁵⁸

⁵⁷ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 19. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

⁵⁸ Tamtéž, s. 19 - 20.

Článek 26 zavádí tzv. *forum necessitatis* a zní: *Není-li žádný soud členského státu příslušný podle tohoto nařízení, mohou soudy členského státu věc ve výjimečném případě rozhodnout, pokud to vyžaduje právo na spravedlivý proces nebo právo na přístup ke spravedlnosti, a zejména a) pokud řízení nelze rozumně zahájit nebo vést ve třetím státě, který vykazuje úzkou vazbu se sporem, nebo pokud by řízení bylo v tomto státě nemožné; nebo b) pokud rozhodnutí o nároku ve třetím státě by nebylo možné uznat a vykonat v členském státě, u jehož soudu bylo zahájeno řízení podle práva tohoto státu, a toto uznání a výkon jsou nezbytné k tomu, aby bylo zajištěno uspokojení práv žalobce; a spor vykazuje dostatečnou vazbu na členský stát, u jehož soudu byl podán návrh.*

Článek 26 garantuje právo na přístup ke spravedlnosti a je nezbytným nástrojem úplné unifikace pravidel o příslušnosti. I když je formulován velmi obecně, je menším zlem, než nechat řešení negativního konfliktu příslušnosti na národních pravidlech. Praktické využití článku 26 bude pravděpodobně malé. *Weber* uvádí dvě situace, kdy by mohl mít článek 26 svůj význam.⁵⁹

Článek 26 lze použít pouze v situaci, kdy soud žádného členského státu nemá příslušnost na základě předchozích pravidel obsažených v nařízení. Dopadá tedy opět na žalované s bydlištěm mimo EU. Článek 26 stanoví několik kumulativních kritérií, která musí být pro jeho aplikaci splněna. Za prvé se jedná o podmínku výjimečnosti použití. Článek 26 bude možné použít skutečně jen naprosto výjimečně, pokud budou naplněny všechny ostatní podmínky, se kterými počítá. Druhou podmínkou je zajištění práva na spravedlivý proces či práva na přístup ke spravedlnosti. Obecné naplnění této podmínky by nemuselo být problematické, protože členské státy jsou vázány jednotnými instrumenty v oblasti lidských práv. Za všechny v této souvislosti zmiňme článek 6 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a svobod.

Podmínka práva na spravedlivý proces je pak článkem 26 ještě specifikována. Za prvé právo na spravedlivý proces nebo spíše právo na přístup ke spravedlnosti není zajištěno, pokud hrozí negativní konflikt příslušností. Soudy v členských státech nemají příslušnost a řízení nelze zahájit nebo vést v třetím státě, který vykazuje úzkou vazbu se sporem. Tady je opět velmi nejasné vymezení úzké vazby. Jsou to pouze soudy třetího státu, kde má žalovaný bydliště? Nebo může být úzká vazba dána i jiným kritériem? Alternativní situací, kdy nebude zajištěno právo na spravedlivý proces, je situace, kdy rozhodnutí vydané ve třetím státě nebude možné v členském státě uznat a vykonat a bez tohoto výkonu nedojde

⁵⁹ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 21 - 22. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>..

k uspokojení práv žalobce. Podmínky uznání a výkonu si soud členského státu musí posoudit podle své národní úpravy.

Poslední podmínkou, kterou článek 26 stanoví, je existence dostatečné vazby mezi sporem a soudem členského státu, u něhož byla podána žaloba. Stejnou podmínku obsahuje i článek 25 a tato byla analyzována výše.⁶⁰

Nové pravidlo litispendence - článek 34

Současná podoba nařízení Brusel I obsahuje v článku 27 pravidlo litispendence, které dopadá pouze na případ paralelních řízení před soudy členských států. Soud, u něhož bylo řízení zahájeno později, je povinen přerušit řízení do doby, než se určí příslušnost soudu, který zahájil řízení jako první. Jakmile je určena příslušnost prvního soudu, soud druhý v pořadí se prohlásí za nepříslušný.

Jedná se více méně o mechanické pravidlo, kdy soudy nezvažují, který soud je vhodnější k projednání sporu. V pozadí tohoto pravidla stojí předpoklad, že je v zásadě jedno, který soud rozhodne spor, protože řešení bude více méně stejné. Vyžaduje se důvěra mezi jednotlivými státy.⁶¹ Takto nastavené pravidlo může fungovat mezi členskými státy EU, nelze je však bez dalšího aplikovat ve vztahu ke státům třetím. Pravidlo obsažené v článku 27 nařízení se uplatní v situaci, je-li ve dvou členských státech zahájeno řízení v téže věci mezi týmiž stranami. Pojmy stejná věc a stejná strana jsou vykládány autonomně a ESD se k jejich interpretaci několikrát vyjádřil.⁶² Pro aplikaci článku 27 není podstatné, na jakém pravidle založil soud členského státu svoji příslušnost. Použije se i tehdy, nemá-li žalovaný bydliště v EU a soud členského státu založil svoji příslušnost na národním pravidle.⁶³ Pravidlo litispendence mezi členskými státy zůstane zachováno i v nové podobě nařízení, dochází jen k několika dílčím zpřesněním a změnám.⁶⁴

Současná podoba nařízení výslovně neřeší situaci, kdy bylo jako první v pořadí zahájeno řízení u soudu třetího státu. Článek 27 není možné přímo

⁶⁰ K pravidlu podle článku 26 viz blíže příspěvek z této konference od J. Havlíčka.

⁶¹ Kruger, T. *Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States*. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 259.

⁶² Viz např. rozsudek Soudního dvora ze dne 8.12.1987, C-144/86 *Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palumbo*; rozsudek Soudního dvora ze dne 6.12.1994, C-406/92 *Tatry v Maciej Rataj*; rozsudek Soudního dvora ze dne 19.5.1998, C-351/96 – *Drouot Assurances Sa v Consolidated Metallurgical Industries*.

⁶³ Rozsudek Soudního dvora ze dne 27.6.1991, C-351/89 *Overseas Union Insurance Ltd. v New Hampshire Insurance Co.*

⁶⁴ Viz článek 29 odst. 2, článek 32 odst. 2 nové verze nařízení. Nově je rovněž upraven vztah k rozhodčímu řízení v článku 29 odst. 4.

použit, protože dopadá pouze na paralelní řízení v členských státech. Litispence v této souvislosti však může být řešena národním právem. Otázkou je, zda takováto národní pravidla umožňují odmítnout příslušnost danou nařízením ve prospěch soudů třetího státu. Teoreticky existují tři možné přístupy k této otázce. Podle prvního z nich nařízení tyto otázky vůbec neupravuje, a proto se použije národní právo. Druhý přístup připouští aplikaci nařízení jako takového s tím, že odmítnutí příslušnosti není možné, protože nařízení pro to neobsahuje žádné pravidlo. Tato varianta však není příliš konzistentní. Zdá se nelogické, aby byl soud členského státu povinen dát přednost soudu prvnímu v pořadí, pokud je to soud členského státu, ale nebyl povinen, pokud jde o soud třetího státu. Třetí možnost se opírá o reflexivní účinek článku 27. O reflexivním účinku bylo pojednáno už výše. I tady však vzniká otázka, co je základem odmítnutí příslušnosti. Samotné nařízení nebo národní právo? Ve světle rozhodnutí *Owusu* to s největší pravděpodobností nemůže být národní právo. Nařízení však výslovné pravidlo také neobsahuje. Jediným spolehlivým řešením by tak byla úprava této otázky v nařízení.⁶⁵

Nová verze nařízení přichází s výslovným pravidlem litispence ve vztahu ke třetím státům, a to v článku 34. Článek 34 odst. 1 stanoví: *"Jsou-li zahájena řízení v téže věci a mezi týmiž stranami před soudy ve třetím státě v době, kdy soud členského státu zahájil řízení, může tento soud bez ohledu na ustanovení článků 3 až 7 přerušit řízení, pokud a) soud třetího státu zahájil řízení jako první; b) lze očekávat, že soud třetího státu vydá přiměřené době rozhodnutí, které lze v tomto členském státě uznat a případně i vykonat; a soud je přesvědčen, že je tento postup zapotřebí k řádnému výkonu spravedlnosti."*

Článek 34 přináší úpravu paralelních řízení, která probíhají před soudem členského státu a soudem třetího státu. Pravidlo litispence není nastaveno zcela automaticky jako mezi členskými státy (viz výše), ale obsahuje několik specifických kritérií. I tady se ovšem musí jednat o stejnou věc mezi stejnými stranami. Rozdílná bude ovšem interpretace těchto pojmů. Hlavním smyslem litispence mezi členskými státy je zabránit vydání neslučitelných rozhodnutí. Existence neslučitelného rozhodnutí je důvodem pro odmítnutí uznání rozhodnutí podle článku 34. Pojmy stejná věc a stejné strany jsou tak vykládány autonomně. V případě řízení ve třetím státě hrozí riziko neslučitelných rozhodnutí pouze tehdy, může-li být toto rozhodnutí v členském státě uznáno podle jeho práva. Pojmy stejná věc a

⁶⁵ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 498 - 499.

stejně strany tak mohou být s ohledem na toto riziko vykládány pouze podle národního práva tohoto státu.⁶⁶

I přes různou definici těchto pojmů v členských státech má článek 34 svůj smysl. Pravidlo litispendence nesouvisí pouze s uznáním a výkonem rozhodnutí, ale má velmi blízko k pravidlům o příslušnosti. Pravidlo litispendence rozhoduje, který ze dvou stejně vhodných soudů má rozhodnout spor. Existence jednotného pravidla litispendence zvyšuje právní jistotu a předvídatelnost stran. Pokud by tato otázka byla zcela ponechána národnímu právu, úplná unifikace pravidel o příslušnosti by byla ohrožena.⁶⁷

Úvodní věta článku 34 odst. 1 uvádí, že soud členského státu může řízení přerušit bez ohledu na ustanovení článků 3 až 7. Na první pohled by se mohlo zdát, že článek 34 se nepoužije v případě, je-li příslušnost soudu členského státu založena na pravidlech obsažených v člancích 3 - 7. Pravý opak je však zjevně cílem. Bez ohledu na kogentní povahu těchto článků, se může článek 34 použít právě a pouze jenom v případech, kdy je příslušnost soudu členského státu založena na těchto pravidlech.⁶⁸ V případě, kdy má soud členského státu založenu příslušnost například článkem 22 či 23, nemůže ji v žádném případě odmítnout ve prospěch soudu třetího státu. Totéž platí i pro články 8 - 20, 24, 25 a 26.

Článek 34 obsahuje tři podmínky, které musí být splněny kumulativně, aby mohl soud členského státu řízení přerušit. Za prvé, soud třetího státu musel zahájit řízení jako první v pořadí (odst. 1 pís.a)). Za druhé lze očekávat, že soud třetího státu vydá v přiměřené době rozhodnutí, které je v členském státě uznatelné (odst. 1 pís. b)). Tady by bylo zřejmě vhodné specifikovat pojem přiměřená doba. Poslední a zároveň nejproblematictější podmínka stanoví, že soud členského státu je přesvědčen, že postup je zapotřebí k řádnému výkonu spravedlnosti. Toto spojení je velmi vágní a nepřispívá k předvídatelnosti příslušnosti. K řádnému výkonu spravedlnosti není zřejmě dostačující, že soud ve třetím státě zahájil řízení jako první a jeho rozhodnutí může být v členském státě uznáno. Článek 34 odst. 1 pís. c) dává prostor k subjektivnímu uvážení soudu, čímž se otvírají zadní vrátka k použití národních pravidel. Tato vágní podmínka by měla být zrušena a nahrazena podmínkou přesnější, například takovou, že soud třetího státu

⁶⁶ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 14 - 15. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

⁶⁷ Tamtéž, s. 15.

⁶⁸ Tamtéž, s. 16.

musí mít příslušnost, která odpovídá pravidlům obsažených v člancích 3 - 26.⁶⁹

Podle článku 34 může soud členského státu pokračovat v řízení, ať už na návrh strany nebo bez návrhu, pokud je splněna některá z podmínek uvedená v odst. 2: řízení před soudem třetího státu bylo přerušeno nebo nepokračuje, soud má za to, že řízení před soudem třetího státu pravděpodobně neskončí v přiměřené době nebo je zapotřebí pokračovat v řízení s ohledem na řádný výkon spravedlnosti. Soud členského státu řízení zastaví, pokud bylo řízení před soudem třetího státu ukončeno a toto rozhodnutí je vykonatelné v tomto státě nebo je uznatelné a vykonatelné v členském státě.

Nová podoba nařízení se výslovně nevypořádala s otázkou možného odmítnutí příslušnosti v případě, kdy soud třetího státu má výlučnou příslušnost nebo strany si výlučnou příslušnost soudu třetího státu sjednaly prorogační dohodou. Výše byla v této souvislosti zmíněna teorie reflexivního účinku, jejíž skutečné použití zůstává otázkou. Návrh nové verze nařízení se o reflexivním účinku nezmiňuje, zavádí pouze článek 34. Znamená to, že odmítnout příslušnost mohou soudy členského státu jen v situacích, se kterými počítá článek 34? Body 16 a 17 preambule nařízení uvádějí, že nařízení nyní zavádí ucelený soubor pravidel o mezinárodní příslušnosti a nadále by se již nemělo odkazovat, pokud jde o příslušnost, na národní právo. Založit odmítnutí příslušnosti na národním právu se zdá rovněž nemožné. Body 16 a 17 však hovoří pouze o pravidlech založení příslušnosti. Zahrnují však, a tedy i nařízení, i její odmítnutí.⁷⁰ Bylo by více než vhodné, aby nová verze nařízení tuto otázku vyjasnila.

Výhody univerzální působnosti

Zavedení univerzální působnosti jistě přispěje k posílení vnitřního trhu EU.⁷¹ A to například za situace multi-party řízení se vztahem k různým členským i nečlenským státům EU, kdy je za současného stavu nutné aplikovat různá pravidla. Jednotná pravidla také snižují náklady spojení s řízením, neboť je možné zahájit řízení proti žalovaným z členských i nečlenských států na základě jednotných pravidel. Výhody univerzální působnosti se projevují také v oblasti spotřebitelské ochrany. Spotřebitel je chráněn evropskými předpisy bez ohledu na to, zda podnikatel má nebo

⁶⁹ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 17. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

⁷⁰ Tamtéž, s. 11.

⁷¹ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 5. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

nemá pobočku či zastoupení v členském státě EU. Univerzální působnost vylučuje rozdíly v přístupu ke spravedlnosti ve členských státech, které se mohou projevat v odlišných důvodech pro stanovení pravomoci soudů v případech řízení se žalovaným z nečlenského státu EU.

Výhody univerzální působnosti lze nalézt nejen ve vztahu k posilování vnitřního trhu, ale také vylučují některá rozporná ustanovení v nařízení Brusel I. Weber upozorňuje zejména na situaci, kdy pro stanovení příslušnosti soudů postačuje hraniční určovateli bydliště žalovaného na území EU, přičemž jiní hraniční určovatelé v alternativních a speciálních příslušnostech nikoliv.⁷² Stejně tak spotřebitel, pojistník a zaměstnanec jsou chráněni pouze v případě, kdy je žalovaný domicilován na území EU. Tato otázka je dále spojena s aplikací mandatorních norem EU. Stejně tak je dle Webera neudržitelná situace, kdy aplikace nařízení Brusel I závisí na procesním postavení stran jako žalovaného nebo žalujícího.

Závěr

Zavedení univerzální působnosti nařízení Brusel I je skutečností, která přinese do tohoto předpisu a jeho aplikace řadu změn. Nařízení Brusel I bude použitelné i v situaci, kdy žalovaný nebude mít bydliště v některém členském státě. V případě alternativních příslušností to znamená, že bude dostačující, pokud se v členském státě nachází některé z kritérií tam uvedených. Jedinou výjimkou bude článek 6 odst. 1, který bude možné nadále použít jen vůči žalovanému s bydlištěm v EU. Toto omezení se však jeví neopodstatněným. Speciálních ochranných pravidel o příslušnosti budou moci slabší strany nyní využít i v případě, kdy nemá jejich smluvní partner bydliště v některém členském státě. Úprava prorogace obsažená v nařízení se nově použije i v situaci, kdy žádná ze stran prorogační dohody nemá bydliště v EU a tyto strany volí soudy členského státu. V případě článku 24 se s konečnou platností vyřeší diskuse ohledně nutnosti existence bydliště žalovaného v členském státě. Nařízení zavádí dvě nová pravidla o příslušnosti, která jsou určena právě pro situace, kdy žalovaný nemá bydliště v některém členském státě. Na vztah ke třetím státům reaguje i nové pravidlo o litispendenci.

Univerzální působnost nařízení s sebou přinese řadu výhod a odstraní některé nejasnosti či nedostatky stávající úpravy. Nicméně, nová úprava má i nedostatky. Jde především o velmi vágní pojmy jako dostatečná vazba v článku 25 či řádný výkon spravedlnosti v článku 34. Při použití těchto ustanovení hrozí, že se soudy členských států budou uchylovat k aplikaci národních pravidel, což výrazně oslabí unifikaci pravidel o příslušnosti.

⁷² Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 6. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

Nevyřešená zůstává rovněž otázka možné reflexivního účinku nařízení, zejména článků 23 a 24.

Závěrem lze tedy uvést, že univerzální působnost je v zásadě přínosem pro oblast justiční spolupráce v civilních věcech. Tento přínos však bude skutečným přínosem pouze tehdy, bude-li zajištěna jednotná aplikace nové podoby nařízení.

Literatura:

- Chlebcová, R. The Impact of Civil Jurisdiction Rules on Third States (Article 4). In Dny práva - 2008 - Days of Law [online]. Brno : Masarykova univerzita, 2008 [cit. 2011-05-04]. s. 641 - 648. Dostupné z < <http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/index.html> >.
- Commission of the European Communities. Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Brussels, 21.4.2009, COM(2009) 174 final.
- Commission of the European Communities. Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. Brussels, 21.4.2009, COM(2009) 175 final.
- Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, T. report on the Application of Regulation Brussel I in the Member States. Ruprecht-Karls-Universitaet Heidelberg, Institut für Ausländisches und Internationales Privat - und - Wirtschaftsrecht, Study JLS/C4/2005/03, 2007, s. 365.
- Jenard, P. Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, ÚV C 59 s. 1 - 65, 5.3.1979.
- Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. 442 s.

- Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. 852 s.
- Nový, Z. Výklad článku 6 odst. 1 nařízení Brusel I a zneužití práva na žalobu ve světle judikatury Evropského soudního dvora. In Dny veřejného práva [online]. Brno : Masarykova univerzita, 2007 [cit. 2011-05-04]. S.1111 - 1133. Dostupné z <<http://www.law.muni.cz/sborniky/Days-of-public-law/index.html>>.
- Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 1 -37. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

Soudní rozhodnutí:

- Rozsudek Soudního dvora ze dne 8.12.1987, C-144/86 Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palubo.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 27.6.1991, C-351/89 Overseas Union Insurance Ltd. v New Hampshire Insurance Co.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 6.12.1994, C-406/92 Tatry v Maciej Rataj.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 19.5.1998, C-351/96 – Drouot Assurances Sa v Consolidated Metallurgical Industries.
- Rozsudek ESD ze dne 13.7.2000, C-421/98 Group Josi Reinsurance Company SA v Universal General Insurance Company (UGIC).
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 9.11.2000, C-387/98 Coreck Maritime GmbH v Handelsveem BV a ostatní.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 1.3.2005, C-281/02 Andrew Owusu v N. B. Jackson a ostatní.

Contact – email

svobodovak@email.cz, Tereza.kyselovska@law.muni.cz

SPECIFIKA REGIONÁLNÍ OCHRANY LIDSKÝCH PRÁV: AFRICKÝ SOUD PRO LIDSKÁ PRÁVA A PRÁVA NÁRODŮ

JAN LHOTSKÝ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Příspěvek se věnuje mezinárodní normotvorbě v oblasti lidských práv a směřuje svoji pozornost na jeden z regionálních kontrolních mechanismů v této právní oblasti. První takový systém vznikl v Evropě a byl následován tzv. Interamerickým kontrolním mechanismem. Poté začal na základě Africké charty práv člověka a národů vznikat regionální systém ochrany lidských práv rovněž na Africkém kontinentu. Po vzniku Africké komise pro práva člověka a národů byl ustaven také Africký soud pro lidská práva a práva národů. Předložená práce analyzuje zakládající akty tohoto regionálního systému a především vzniklou soudní instituci, projednává její zvláštnosti, a také přístup jednotlivce k tomuto soudu. V závěru příspěvku jsou nastíněny možnosti dalšího vývoje, zhodnocena efektivita soudu a především jeho přínos pro ochranu lidských práv na Africkém kontinentu.

Key words in original language

Africký soud pro lidská práva a práva národů; Africká komise pro práva člověka a národů; Africká charta práv člověka a národů; Soudní dvůr Africké unie.

Abstract

The contribution deals with international norm creation in terms of the human rights protection and aims its attention to one of the regional control mechanisms in this legal area. The first such system arose in Europe and was followed by the Inter-American control mechanism. Then based on the African Charter on Human and Peoples' Rights a system of human rights protection was created also in the African continent. After the foundation of the African Commission on Human and Peoples' Rights the African Court on Human and Peoples' Rights was established. The essential content of the article is the founding treaties analysis of this regional system, and above all of the new judicial institution. It furthermore discusses its particularities and also the access of an individual to the court. In the conclusion possibilities of further development are outlined and the contribution of the court to the human rights protection in the African continent is evaluated.

Key words

African Charter on Human and Peoples' Rights; African Commission on Human and Peoples' Rights; African Court on Human and Peoples' Rights; Court of Justice of the African Union.

1. HISTORICKÁ VÝCHODISKA REGIONÁLNÍCH MECHANISMŮ OCHRANY LIDSKÝCH PRÁV A JEJICH VZÁJEMNÉ OVlivňOVÁNÍ

Když se po druhé světové válce světová veřejnost dozvěděla o událostech, které toto období provázely, stalo se výzvou nejen pro politiky, ale také pro přední právníky, aby na dané události reagovali s cílem zamezit opakování toho, že zájem určité autoritářské státní ideologie převáží nad přirozeným právem konkrétního člověka. Právě na základě daných událostí se začala obracet pozornost k jednotlivci a ochraně jeho základních práv.¹

Když byla v polovině roku 1945 v San Franciscu podepsána Charta OSN, obecně se očekávalo, že bude následně jednak vypracován a schválen katalog základních lidských práv, a jednak vytvořen mezinárodní kontrolní mechanismus, který bude mít formu soudní instituce na univerzální úrovni. K prvnímu kroku došlo, k tomu druhému již nikoliv.²

V roce 1948 byla Valným shromážděním OSN schválena Všeobecná deklarace lidských práv, která sice není právně závazným dokumentem, ale svojí autoritou výrazně ovlivnila tvorbu národních katalogů lidských práv, a to především v demokratických státech. Vzhledem k ochlazení politické situace mezi tehdejšími západem a východem, a nedemokratickému vývoji států tehdejší střední a východní Evropy pak k žádnému konsenzu ohledně právně závazného soudního kontrolního mechanismu v oblasti dodržování lidských práv na univerzální úrovni nedošlo. Tyto události tedy následně vytvořily úrodnou půdu pro vznik regionálních systémů ochrany lidských práv.

1.1 EVROPSKÝ REGIONÁLNÍ SYSTÉM

První takový systém vznikl v Evropě, resp. v její západní části, kde existoval největší tlak a politická vůle k vytvoření mezinárodního kontrolního systému v oblasti lidských práv. V roce 1950 byla tedy podepsána Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, tzv. Evropská úmluva o lidských právech. Ta je napojena na Radu Evropy a zaměřuje se na ochranu jednotlivce, tedy upravuje čistě práva individuální. Na rozdíl od Všeobecné deklarace lidských práv pak obsahuje pouze práva občanská a politická, nikoliv již hospodářská, sociální a kulturní. Velmi významnými jsou pak zavedené procesní garance, kdy byl vytvořen Evropský soud pro lidská práva, který může projednat případ jednotlivce a

¹ Ta byla již dříve chráněna ve významných dokumentech, ovšem nikoliv mezinárodního charakteru. Jmenujme především anglický *Bill of Rights* v r. 1689, americkou Deklaraci nezávislosti v r. 1776 a francouzskou Deklaraci práv člověka a občana v r. 1789.

² Srov. MALENOVSKÝ, J. *Zapomenuté a falzifikované, známé a ještě nenapsané kapitoly šedesátileté epopeje Všeobecné deklarace lidských práv*. Právník, 2009, č. 1, s. 1 - 23.

případně uložit státu, aby mu za porušení práva vyplatil tzv. spravedlivé zadostiučinění.

Jednotlivec ale zpočátku neměl přímý přístup k soudu. Na základě zmíněné Úmluvy vznikla také Evropská komise pro lidská práva, u které si jednotlivec mohl (po vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků) na jednání státu stěžovat. Teprve Komise pak mohla případ předat soudu, kde následně zájem jednotlivce zastupovala. To se však změnilo v roce 1998, kdy vstoupil v platnost revizní protokol č. 11, který ruší komisi a umožňuje přímý přístup jednotlivce k Evropskému soudu pro lidská práva.

1.2 INTERAMERICKÝ KONTROLNÍ MECHANISMUS

Přibližně dvacet let po vzniku Evropského systému byl zformován také tzv. Interamerický systém ochrany lidských práv. Ten je napojen na Organizaci amerických států a je založen Americkou úmluvou o lidských právech (tzv. pakt ze San José), která byla podepsána v roce 1969. Tato mezinárodní smlouva vstoupila v platnost v roce 1978 a obsahuje v zásadě pouze občanská a politická práva s tím, že v současné době je stranou úmluvy 25 států z 35 smluvních stran Organizace amerických států.

Klíčové role v interamerickém kontrolním systému mají Interamerická komise pro lidská práva a Interamerický soud pro lidská práva. Komise přijímá mezistátní a především individuální stížnosti (tzv. *petitions*), které mohou podávat jednotlivci, příp. skupiny osob, a také nevládní organizace. Komise může doporučit řešení nebo věc předat soudu.

Úkolem soudu je jednak interpretovat Americkou úmluvu o lidských právech, jednak rozhodovat spory. Druhá jmenovaná pravomoc je ale fakultativní, a tedy soud může rozhodovat spory pouze, pokud daný stát konkrétním prohlášením tuto jurisdikci přijme. Přestože soud může po případném projednání přiznat jednotlivci spravedlivé zadostiučinění, jednotlivec k němu přímý přístup nemá. Pouze komise nebo stát (po řízení před komisí) mohou případ přednést před soud.³

2. AFRICKÁ CHARTA PRÁV ČLOVĚKA A NÁRODŮ JAKO ZÁKLADNÍ DOKUMENT REGIONÁLNÍ OCHRANY LIDSKÝCH PRÁV NA AFRICKÉM KONTINENTU

Na možnost vytvořit regionální systém ochrany lidských práv na africkém kontinentu je třeba nahlížet s vědomím specifík zdejší kultury, v rámci které je jednotlivec vnímán jako součást určitého celku. Tím může být jeho

³ Srov. ŠTURMA, P. *Mezinárodní a evropské kontrolní mechanismy v oblasti lidských práv*. 3 dopl. vyd. Praha : C. H. Beck, 2010, s. 69 - 77.

rodina, kmen, nebo národ.⁴ Co se týče spolupráce afrických zemí na mezinárodní úrovni, v průběhu dekolonizace vznikla Organizace africké jednoty (OAJ), která byla založena 32 státy v roce 1963 v etiopském hlavním městě Addis Abeba.

V roce 2000 byl pak hlavami států již 53 členů OAJ podepsán Zakládající akt Africké unie a rok poté vstoupila tato mezinárodní smlouva v platnost. Africká unie (AU) se tak stala nástupcem OAJ a oproti ní klade ve svém ustavujícím aktu nižší důraz na zásadu nevměšování a na druhou stranu důraz vyšší na dodržování lidských práv.⁵

V době, kdy evropský i interamerický regionální systém již existoval, bylo rozhodnuto na Shromáždění hlav států a vlád OAJ o přípravě místního regionálního katalogu lidských práv. Vzniklá Africká charta práv člověka a národů (tzv. Banjulská charta) byla podepsána v roce 1981 a v platnost vstoupila pět let poté.

2.1 ZÁKLADNÍ CHARAKTERISTIKA DOKUMENTU

Přestože je Africká charta práv člověka a národů (*African Charter of Human and Peoples' Rights*)⁶ výrazně inspirována evropským a americkým modelem, jsou v ní zohledněny zajímavé zvláštnosti odrážející africké vnímání této právní problematiky. Tato specifika lze rozdělit na tři oblasti. Zaprvé katalog neobsahuje pouze práva občanská a politická, ale také hospodářská, sociální a kulturní. Toto pravděpodobně vychází z toho, že k základním problémům mnoha Afričanů nepatří primárně nedostatek občanských svobod, ale spíše nedostatek materiálního zabezpečení.⁷

Druhou zvláštností je, že v Africké chartě nejsou zakotvena pouze práva individuální, ale také kolektivní. Těmi je například právo národů na rovnost (čl. 19) nebo na sebeurčení (čl. 20 odst. 1). Třetím specifikem afrického katalogu je skutečnost, že v něm nejsou obsažena pouze práva, ale také povinnosti, například vůči své rodině (čl. 27 odst. 1). Africkou chartu práv člověka a národů ratifikovalo všech 53 členských států Africké unie.

⁴ Srov. HUNGR, P., KALVODOVÁ, V. *Afroasijské právní kultury*. Brno : Masarykova univerzita, 2002, s. 5 - 29.

⁵ Srov. LHOTSKÝ, J. Africká unie jako mezinárodní organizace inspirovaná Evropskou unií? In *Mezinárodní vědecká konference oblasti práva a právních věd - Právní ROZPRÁVY 2011*. 1. vyd. Hradec Králové : MAGNANIMITAS, 2011. 10 s.

⁶ *African Charter on Human and Peoples' Rights* [online]. African Union [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%20conventions_%20protocols/banjul%20charter.pdf>.

⁷ Viz Maslowova hierarchie lidských potřeb.

2.2 ROLE AFRICKÉ KOMISE PRO PRÁVA ČLOVĚKA A NÁRODŮ PŘI OCHRANĚ PRÁV

Africká komise pro práva člověka a národů (*African Commission on Human and Peoples' Rights*) byla ustavena na základě čl. 30 Africké charty v roce 1987 a sídlí v gambijském Banjulu. Jedná se o nezávislý orgán, jenž sestává z jedenácti odborníků, kteří jsou voleni na šest let s možností znovuzvolení. Funkce komise jsou uvedeny v čl. 45 Africké charty, obecně lze ale shrnout, že mezi ty podstatné patří tři okruhy činností.

Prvním úkolem Africké komise je interpretace ustanovení Africké charty na žádost smluvní strany, orgánu OAJ (čili dnes AU) nebo jiné touto mezinárodní organizací uznané instituce. Dalším podstatným úkolem je hodnocení periodických zpráv států (čl. 62). Ty mají komisi předkládat každé dva roky zprávy o stavu dodržování lidských práv v daném státě a pokroku v této oblasti. Africké státy tak ale mnohdy nečinily, a tak komise začala tolerovat souhrnné zprávy za delší období. V realitě tak tedy nejsou výjimkou ani zprávy pokrývající období deseti let.⁸ Dané zprávy pak Africká komise hodnotí s tím, že po tomto hodnocení vydá doporučení, které má daný stát následně implementovat. Reálné dopady této činnosti však lze označit za diskutabilní.

Třetí a patrně nejdůležitější funkcí Africké komise je hodnocení stížností (tzv. *communications*) států nebo jednotlivců.⁹ Toto je upraveno v čl. 47 a násl. Africké charty. V případě stížností členských států i jednotlivců musí být již využity všechny vnitrostátní opravné prostředky, rozdíl je ale v tom, že zatímco komise projednává všechny stížnosti členských států, stížnosti jednotlivců jsou projednány pouze, pokud se na tom usnese většina členů komise.¹⁰

Pokud se komisi nepodaří uzavřít spor smírem, vypracuje zprávu, jež udává, zda bylo relevantní právo porušeno. V případě porušení může také doporučit provést určitá opatření, a rovněž navrhnout státu zaplatit přiměřenou kompenzaci. Toto rozhodnutí však není právně vynutitelné a v případě negativního postoje státu lze o situaci pouze informovat Shromáždění hlav států a vlád Africké unie.

⁸ *Reports to the African Commission* [online]. African Commission on Human and Peoples' Rights [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.achpr.org/english/_info/statereport_considered_en.html>.

⁹ Na internetových stránkách jsou zveřejněny stížnosti od roku 1988 s posledním pořadovým číslem 373 (z roku 2009), ovšem některé konkrétní zde chybí. Viz *Decisions on Communications* [online]. African Commission on Human and Peoples' Rights [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.achpr.org/english/_info/List_Decision_Communications.html>.

¹⁰ Podání rovněž musí splňovat sedm podmínek přípustnosti obsažených v čl. 56 Africké charty.

3. VZNIK AFRICKÉHO SOUDU PRO PRÁVA ČLOVĚKA A NÁRODŮ

Právě na základě nedostatečně silného kontrolního mechanismu byl vypracován a v roce 1998 schválen Protokol k Africké chartě, kterým byl zřízen Africký soud pro práva člověka a národů (*African Court on Human and Peoples' Rights*). Soud, jenž má sídlo v tanzanském městě Arusha, sestává z jedenácti soudců, jejichž funkční období pokrývá 6 let s možností jednoho znovuzvolení. Protokol vstoupil v platnost v roce 2004.

3.1 ANALÝZA PROTOKOLU JAKOŽTO ZAKLÁDAJÍCÍHO AKTU SOUDU

Co se týče jurisdikce soudu upravené v čl. 3, jedná se především o interpretaci Africké charty, daného Protokolu, a také jakéhokoliv jiného relevantního dokumentu na ochranu lidských práv, který byl ratifikován smluvní stranou.¹¹ Potenciálně důležitější je však pravomoc rozhodovat spory. K soudu má automaticky přístup komise, smluvní strana nebo určitá africká mezivládní organizace.

Přístup jednotlivce či nevládní organizace je pak také možný, ovšem pouze za podmínky, že daný stát provedl speciální deklaraci podle čl. 34 odst. 6 Protokolu, kterou stát svoluje k tomu, aby soud mohl přijímat stížnosti jednotlivců. V rámci afrického systému pak není nutné, aby byla stížnost předložena nejprve komisi. V relevantních případech si tak stát nebo jednotlivec může prakticky vybrat, na který z orgánů se chce obrátit. Rozsudek soudu je pak na základě čl. 28 konečný (není možné odvolání, výjimkou může být pouze revize ve světle nových důkazů) a závazný (čl. 30). Za porušení práva může být přiznáno přiměřené zadostiučinění s tím, že dohledem nad výkonem rozhodnutí je pověřena Rada ministrů OAJ, resp. Výkonná rada AU.¹²

3.2 KONFRONTACE S REALITOU A VYNESENÍ PRVNÍHO ROZSUDKU

Přestože byl Protokol o vzniku soudu podepsán v roce 1998 a po získání potřebných patnácti ratifikací vstoupil v platnost v roce 2004, k jeho reálnému fungování zbývala ještě dlouhá cesta. Teprve o dva roky později byli zvoleni první soudci a po dalších dvou letech začal soud skutečně

¹¹ *Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights* [online]. African Commission on Human and Peoples' Rights [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.achpr.org/english/_info/court_en.html>.

¹² Srov. ŠTURMA, P. *Mezinárodní a evropské kontrolní mechanismy v oblasti lidských práv*. 3. dopl. vyd. Praha : C. H. Beck, 2010, s. 77 - 84.

pracovat. Na konci roku 2009 pak vydal svůj první rozsudek ve věci Yogogombaye v. Senegal.

Přestože se obsahově jednalo o zajímavý případ, ve kterém byla podána žádost o zastavení stíhání bývalého čadského prezidenta, který v Senegalu čelí obvinění z masových poprav a mučení, Africký soud se k meritu věci vůbec nedostal a přibližně po roce případ odmítl pro nedostatek osobní jurisdikce. Proč to tedy trvalo tak dlouho?¹³

Ve svém podání stěžovatel uváděl, že Senegal i Čad jsou jednak stranou daného Protokolu, a jednak rovněž vydali prohlášení podle čl. 34 odst. 6 Protokolu, že přijímají jurisdikci soudu vůči podáním jednotlivce. Africký soud tedy informoval o žalobě Senegal s tím, že Senegal odpověděl ve smyslu příprav na proces. Později ale vyšlo najevo, že Senegal onu deklaraci nevydal, a tedy soud není nadán jurisdikcí k projednání tohoto případu.¹⁴

První případ soudu tedy odkryl některé jeho slabiny, které zajímavě popisuje soudce Fatsah Ouguergouz se svým separátním stanoviskem.¹⁵ Kromě možnosti využít konceptu forum prorogatum, kterou v tomto disentu rozvíjí, v něm také kritizuje nedostatek transparentnosti procesu s tím, že žalobce má právo vědět, proč vynesení rozsudku trvalo tak dlouho. Vyjadřuje se i k transparentnosti řízení a výslovně pak v bodě 41 doporučuje, aby seznam zemí, které vydaly onu deklaraci a přijali tak jurisdikci soudu vůči podání jednotlivce, byl vyvěšen na internetových stránkách Africké komise, která jej má k dispozici. V takovém případě by jednotlivci a nevládní organizace získali přehled o tom, jakým způsobem mohou hájit svá práva.¹⁶

Vzhledem k tomu, že v případech zvláště vysoké závažnosti a naléhavosti může soud na základě čl. 27 odst. 2 vydat předběžná opatření, přiklonil se v březnu roku 2011 k této možnosti v souvislosti se situací v Libyi. Podle vydaného opatření se musí Libye zdržet jakékoliv akce, která by měla za

¹³ V této souvislosti je vhodné poznamenat, že pouze předseda soudu je zaměstnán na plný úvazek a soudci přijíždějí na jednání jednou za tři měsíce. Viz NĚMČÁK, V. *Cesta k prvnímu rozsudku Afrického soudu pro lidská práva* [online]. Jiné právo [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <<http://jinepravo.blogspot.com/2010/04/vitezslav-nemcak-cesta-k-prvnimu.html>>.

¹⁴ Srov. MUJUZI, J. D. *Michelot Yogogombaye v The Republic of Senegal: The African Court's First Decision*. Human Rights Law Review. 201, č. 10, s. 372 - 381.

¹⁵ *Separate Opinion of Judge Fatsah Ouguergouz* [online]. African Court on Human and Peoples' Rights [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Latest_Judgments/English/SEPARATE_OPINION_OF_JUDGE_FATSAH_OUGUERGOUZ.ĚN.pdf>.

¹⁶ Na tomto místě je třeba podotknout, že ani v čase psaní tohoto příspěvku nebyl onen seznam na webových stránkách Africké komise k nalezení.

následek ztrátu lidských životů nebo porušení fyzické integrity osob.¹⁷ Reálný dopad takového opatření je rovněž diskutabilní.

4. VARIANTY DALŠÍHO VÝVOJE AFRICKÉHO SYSTÉMU OCHRANY LIDSKÝCH PRÁV

Když v roce 2001 vznikla Africká unie na základě jejího Zakládajícího aktu, pozvolna se začaly rodit také její poněkud velkoryse pojaté instituce.¹⁸ Jednou z nich je pak Soudní dvůr Africké Unie (*Court of Justice of the African Union*).¹⁹ V roce 2003 byl podepsán protokol o jeho zřízení a po dokončení ratifikace v patnácti členských státech měl vstoupit v platnost.

V roce 2008 bylo ale rozhodnuto především z finančních důvodů o sloučení Soudního dvora AU a Afrického soudu pro lidská práva a práva národů. Byl podepsán Protokol o zřízení Afrického soudního dvora a soudu pro lidská práva (*African Court of Justice and Human Rights*),²⁰ jenž má mít sídlo v tanzanské Arushi a po případném úspěšném dokončení ratifikačních procesů nahradit tyto soudní instituce.

Oproti původním dvěma soudům vždy s jedenácti soudci by tak došlo k určité racionalizaci a výsledný soud by byl složen ze šestnácti soudců, jejichž funkční období by činilo 6 let s možností jednoho znovuzvolení. Soud by tak sestával ze dvou komor, z nichž jedna by rozhodovala v obecných záležitostech Africké unie a druhá by se specializovala na ochranu lidských práv podle Africké charty. Je ale nutné podotknout, že zmíněný

¹⁷ „[Libya]...must refrain from any action that would result in loss of life or violation of physical integrity of persons...” Viz *Order for provisional measures against Libya* [online]. African Court on Human and Peoples' Rights [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Cases/Order_for_Provisinal_Measures_against_Libya.PDF>.

¹⁸ Srov. LHOTSKÝ, J. Africká unie jako mezinárodní organizace inspirovaná Evropskou unií? In *Mezinárodní vědecká konference oblasti práva a právních věd - Právní ROZPRÁVY 2011*. 1. vyd. Hradec Králové : MAGNANIMITAS, 2011. 10 s.

¹⁹ *Protocol of the Court of Justice of the African Union* [online]. African Court on Human and Peoples' Rights [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <<http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Protocol%20Court%20of%20Justice/CoJ%20Protocol.pdf>>.

²⁰ *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* [online]. African Union [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <<http://www.africa-union.org/root/au/documents/treaties/text/Protocol%20on%20the%20Merged%20Court%20-%20EN.pdf>>.

Protokol o sloučení těchto soudních instancí dosud ratifikovaly pouze tři z potřebných patnácti států.²¹

5. SHRnutí PROBLEMATIKY

Učinit si úsudek o systému a úrovni regionální ochrany lidských práv v Africe je možné jednak na základě sledování reálných událostí, jednak na základě provedené analýzy tohoto kontrolního mechanismu. Ani v jednom případě není výsledek pro reálné dodržování lidských práv v Africe bohužel příliš optimistický. Je ale možné identifikovat určitá slabá místa tohoto systému, která pramení z nedostatku jeho koncepčnosti. Tato lze rozdělit do dvou oblastí.

Tou první je vztah mezi Africkou komisí a Africkým soudem, kde dochází nebo může docházet k určité duplicitě výkonu pravomocí. Jednak jsou k výkladu Africké charty oprávněny oba tyto orgány a v budoucnu, kdy začne soud více fungovat, může hrozit určitá dvojkolejnost interpretace, resp. judikatury. Poté je třeba zdůraznit, že efektivitu a vynutitelnost systému podkopává fakt, že zatímco ke komisi má přístup jednotlivec, její rozhodnutí nejsou právně závazná. Na druhou stranu soud sice rozhoduje právně závazným způsobem (rozsudek), nemá k němu ale zase automaticky přístup jednotlivec. Pravomoci jsou tedy svým způsobem rozmělněny mezi tyto dva orgány tak, aby vynucení proklamovaných práv bylo spíše obtížné.²²

Druhá oblast slabých míst se týká samotného fungování Afrického soudu. Nedostatek jeho efektivity a rovněž transparentnosti svým způsobem odkryl již první případ, kdy vzhledem k částečným pracovním úvazkům a nejistotě ohledně informací o státech, které umožnili přístup jedince k soudu, trvalo řízení neúměrně dlouho. Tato oblast problémů pak v rozsáhlé míře souvisí s nedostatkem finančních prostředků, kterým Africká unie dlouhodobě trpí.²³

Primární původ těchto problémů ale tkví jinde. Tím je nedostatek politické vůle afrických vládců vytvořit opravdu efektivní a vynutitelný systém ochrany lidských práv. Tyto často nedemokratické vlády totiž jsou často ochotny připojit se pouze k takovému kontrolnímu mechanismu, který není

²¹ *List of Countries* [online]. African Union [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.au.int/en/sites/default/files/9999Protocol_on_Statute_of_the_African_Court_of_Justice_and_HR.pdf>.

²² Pro funkčnost systému by mohlo být výhodné, kdyby byly obě pravomoci (projednávání stížností jednotlivců a vydávání právně závazných rozsudků) soustředěny do jediné instituce (tedy Afrického soudu) a druhý orgán sloužil například jako filtr, navrhoval smír či dohlížel nad výkonem rozhodnutí.

²³ Mnohé africké státy neplatí členské příspěvky a tak výrazná část rozpočtu Africké unie je závislá na zdrojích z Evropy či Ameriky.

právně vynutitelný. Ani ten nejdokonalejší systém však nemůže fungovat, pokud politická vůle představitelů států nebude skutečná.

Lidská práva totiž jdou ruku v ruce s demokracií. Je ale v každém případě dobře, že se státy Africké unie rozhodly jít po vzoru evropského a interamerického systému a vytvořit vlastní kontrolní mechanismus ochrany lidských práv. Pokud to s danou ideou budou myslet vážně, může být systém postupně zefektivňován a v budoucnu přispět k reálnému zlepšování úrovně ochrany lidských práv na Africkém kontinentu.

Literature:

- HUNGR, P., KALVODOVÁ, V. *Afroasijské právní kultury*. Brno : Masarykova univerzita, 2002. 118 s. ISBN 80-210-3010-0.
- LHOTSKÝ, J. Africká unie jako mezinárodní organizace inspirovaná Evropskou unií? In *Mezinárodní vědecká konference oblasti práva a právních věd - Právní ROZPRÁVY 2011*. 1. vyd. Hradec Králové : MAGNANIMITAS, 2011. 10 s.
- MALENOVSKÝ, J. *Zapomenuté a falzifikované, známé a ještě nenapsané kapitoly šedesátileté epopeje Všeobecné deklarace lidských práv*. Právník, 2009, č. 1, s. 1 - 23.
- MUJUZI, J. D. *Michelot Yogogombaye v The Republic of Senegal: The African Court's First Decision*. Human Rights Law Review. 201, č. 10, s. 372 - 381.
- ŠTURMA, P. *Mezinárodní a evropské kontrolní mechanismy v oblasti lidských práv*. 3 dopl. vyd. Praha : C. H. Beck, 2010. 170 s. ISBN 978-80-7400-318-9.
- NĚMČÁK, V. *Cesta k prvnímu rozsudku Afrického soudu pro lidská práva* [online]. Jiné právo [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <<http://jinepravo.blogspot.com/2010/04/vitezslav-nemcak-cesta-k-prvniku.html>>.
- *African Charter on Human and Peoples' Rights* [online]. African Union [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%20conventions_%20protocols/banjul%20charter.pdf>.

- *Decisions on Communications* [online]. African Commission on Human and Peoples' Rights [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.achpr.org/english/_info/List_Decision_Communications.html>.
- *List of Countries* [online]. African Union [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.au.int/en/sites/default/files/9999Protocol_on_Statute_of_the_African_Court_of_Justice_and_HR.pdf>.
- *Order for provisional measures against Libya* [online]. African Court on Human and Peoples' Rights [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Cases/Order_for_Provisinal_Measures_against_Libya.PDF>.
- *Protocol of the Court of Justice of the African Union* [online]. African Court on Human and Peoples' Rights [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <<http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Protocol%20Court%20of%20Justice/CoJ%20Protocol.pdf>>.
- *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* [online]. African Union [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <<http://www.africa-union.org/root/au/documents/treaties/text/Protocol%20on%20the%20Merge%20Court%20-%20EN.pdf>>.
- *Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights* [online]. African Commission on Human and Peoples' Rights [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.achpr.org/english/_info/court_en.html>.
- *Reports to the African Commission* [online]. African Commission on Human and Peoples' Rights [cit. 11-05-2011]. Dostupný z: <http://www.achpr.org/english/_info/statereport_considered_en.html>.
- *Separate Opinion of Judge Fatsah Ouguergouz* [online]. African Court on Human and Peoples' Rights [cit. 11-05-2011]. Dostupný z:

<http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Latest_Judgments/English/SEPARATE_OPINION_OF_JUDGE_FATSAH_OUGUERGOUZ.EN.pdf>.

Contact – email

janlhotsky@mail.muni.cz

BETWEEN MARKET AND REGULATORS , CHANGES IN BANKING REGULATION ON EXAMPLE OF MORTGAGE IN POLAND

KATARZYNA MARKIEWICZ

Faculty of Law, University of Silesia, Poland

Abstract in original language

Zmiany jakie zaszły w sytuacji ekonomicznej Polski oraz niedawny kryzys finansowy spowodowały, że ustawodawcy, nadzór finansowy oraz banki wspólnie podjęli próbę unowocześnienia instytucji hipoteki. Każdym z nich kierowały inne cele i powody: poczynając od zwiększenia stabilności i bezpieczeństwa rynku finansowego, wzmocnienia bezpieczeństwa klientów banków, aż po zwiększenie atrakcyjności usług kredytowych. Efektem tych prac było niemal równoczesne stworzenie następujących aktów: nowelizacji Ustawy o księgach wieczystych i hipotece dokonanej przez Parlament, Rekomendacji S i Rekomendacji T będących wynikiem prac Komisji Nadzoru Finansowego, a po stronie sektora bankowego wprowadzanie przez poszczególne instytucje własnych regulacji wewnętrznych. Celem tego artykułu jest zbadanie w jakim stopniu te różne cele i powody znalazły odbicie w nowych regulacjach, oraz w jakim stopniu wprowadzone zmiany odpowiadają wymogom rynku oraz procesu harmonizacji prawa wspólnotowego.

Key words in original language

Hipoteka, regulacje, nadzór, dyrektywy, harmonizacja

Abstract

Recently in Poland took place a re-construction of the legal framework for mortgages. Almost simultaneously the Parliament Almost simultaneously the Parliament created amendment to the Mortgage Act, the Commission of Financial Supervision (KNF), which is the state financial regulator, introduced the Recommendation S and an amendment to the Recommendation T, while banks started to implement some new internal regulations. They all had different reasons to start such work, the aim of this article is to analyze how different approaches and aims of those bodies have been reflected in the process of the enactment, and to what extent these new regulations match the demands of the market and the process of the harmonization of the EU's legal system. To avoid ambiguities, just for practical purpose in this paper the term *mortgage* will be used as an equivalent of the term *hypothec*, despite existing between them linguistic and juridical differences.

Key words

mortgage, legislation, regulator, directives, bank supervision, harmonization

Mortgage in Poland

In Poland the legal base for mortgage is the Mortgage Act from 1982, therefore due to a noticeable social and economic development which took place in years that passed from that date an adjustment of that regulation to demands of modern market became a crucial matter. Another impulse towards such legislative changes arose from Poland's accession to the European Union in 2004 which coincided with a series of the Commission's initiatives aimed at tackling the barriers to further integration of financial markets.

Modern Poland for years has been trying to solve the problem of structural deficit of dwellings, as according to various sources it troubles from 1,4 up to 2 million of families.¹ Therefore, seeing in a mortgage a remedy and knowing that its popularity, although growing in recent years, still is very low (according to the data provided by the Union of Polish Banks, till the end of year 2010 the total sum of granted by Polish banks mortgage credits reached only 10% of Poland's GDP, while for instance in the USA that ratio reaches 80%)², the Polish Parliament decided to take some steps in order to improve that situation.

The main aim of the legislator was to create collateral which at the same time is very effective and flexible, but also more affordable and thanks to that more popular. How difficult goal it was shows the fact that implemented on 20th of February 2011 amendment was created on basis of three different versions of that act, prepared by separately working groups of legislators. Its final version, beside reshaping some incoherent regulations, introduced some significant changes leading to simplifying the procedure. Still, the new regulation preserves mostly in unchanged form the character of that institution even though Poland has been participating in the works of the Eurohypotheq Research Group and the EU's Government Expert Group on Mortgage Credit where discussed have been some revolutionary changes to a mortgage (for details see Nasarre-Aznar).³

¹ Nierodka A., „Mortgage Climate” (Report no 3, 2010), March 26, 2011, www.ehipoteka.pl

² Report Amron Sarfin, March 26, 2011, http://zbp.pl/photo/!Struktura/Raporty/AMRON-SARFiN/Raport%20AMRON_SARFiN_4.pdf

³ Nasarre Aznar S., „Looking for a model for a Eurohypotheq, March 26, 2011, www.ehipoteka.pl

That so well known from the civil law system rule saying that a mortgage can secure only monetary obligations remained (art68.1 of the Act)⁴, while as the process of the unification has not yet included that institution, those introduced recently changes can be only classified as *lex rei sitae* rules.⁵

One of the most important of them is the annulment of the division between a mortgage collateral securing only the principle (called *mortgage for a fixed amount – hipoteka zwykła*) and the one which was securing interests or some uncertain future sum registered as valid up to some given amount (called *cap mortgage - hipoteka kaucyjna*). The legislator has now decided that just that last one is sufficient and effective enough both for borrowers and lenders. Benefits of such solution are: much simplified registration procedure, an enhanced flexibility of that collateral, and lowered cost of encumbering, as a mortgagor has now to pay just for registering one mortgage instead of two of them, to secure a credit/ loan contract.

Practical reasons made the legislator also decide to introduce to the Polish legal system some solutions which had their origin in many lasting already for years pan-European consultations and discussions on the shape of universal for all the EU's members institution of a mortgage. The Polish lawmakers chose to initiate such changes in hope they should have some positive influence on the Polish mortgage market.⁶ Therefore one of those new regulations says that now by just one mortgage secured can be more than one loan or credit agreement (art 68.1 of the Act), already existing or a future one, if the beneficiary is the same, or even if there are various mortgagees but on condition they provided funds for the same undertaking.

Another regulation allows the owner of an estate encumbered with more than one mortgage, to decide in case one of those secured with mortgages loans or credit agreements expires, if he wants to change the ranking of all of them, or if he wants to grant one of them a priority. Such solution made possible a situation where in exchange for a better position in the mortgage ranking mortgagor can receive some benefit i.e.: banks can offer him better conditions and interest rates.⁷

The new amendment offered one more right to the mortgagors, as now if the amount in the mortgage registration exceeds the real amount of encumbrance, they may ask the court to lift up the mortgage to match that real mortgage debt. The practical effect of such change for mortgagors is that once it is done their credibility scoring will be improved.

⁴ Ustawa o księgach wieczystych i hipotece, Dziennik Ustaw, 2001 No 124.1361

⁵ Pisuliński J. (Ed), „Hipoteka po nowelizacji, Komentarz, Warszawa, LexisNexis, 2010

⁶ Gniewek E., „Współczesne modele hipoteki”, Monitor Prawniczy, 2011, no 4

⁷ Siwek A., „Hipoteka – nowe uprawnienie dla właściciela nieruchomości obciążonej, March 05, 2011, www.nieruchomosci.beck.pl

While those changes can have real impact on the situation on the Polish mortgage market, as the works on the unification of European legal systems regulating mortgage did not pass the consultation level, the compliance of that amendment with the EU's regulation cannot be assessed.

The new Recommendations

Severe financial turmoil which has shaken financial markets, first in 2007 and once again, that time with even stronger force in 2008, revealed how insufficient was the regulation and supervision of financial institutions, both at the national and the international levels, and how ineffective was the international cooperation of supervisors (see the Report of the High Level Group on Financial Supervision in the EU - Larosiére Group).⁸

The financial safety net became a topic of world-wide discussion. The problem which has arisen was the question to what extent legal requirements are able to induce an adequate risk taking and risk transfer on financial markets, preventing at the same time an excessive risk taking, as essential part of banking is dealing with financial risk and as such - cannot be avoided.⁹ Such regulations have to on one hand allow competition while on the other hand they have to prevent systemic risk, at the same time they also should create such a situation where the participants of the financial services market will be able to have confidence in financial institutions. Therefore another public international consultation was launched, to find legal tools to ensue investor protection, which is now regarded as one of the most significant responsibilities of financial services. As a result international financial supervisory institutions and the European Commission already issued a series of systemic regulations, while they still have some other under discussion or approval. The remedy to regain and maintain bank soundness was already earlier provided in the form of the Basel Core Principles for Effective Supervision and the EU Directive on Credit Institutions (Directive 2006/28/EC), therefore the public consultations launched by the European Commission this time have focused mainly on safety and quality of consumer credit. The effect of that cross-European discussion came in a form of new "Directive on Credit

⁸ Report of the High Level Group on Financial Supervision in the EU, 2009, March 26, 2011,

http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiére_report_en.pdf

⁹ Ohler C., „International Regulation and Supervision of Financial Markets after the Crisis”, Working Papers on Global Financial Markets, No 4, 2009, <http://www.gfinm.de/images/stories/workingpaper4.pdf>

Agreements for Consumers”¹⁰ and already launched consultations on “Responsible Lending and Borrowing in the EU”.

Although those legal acts can be seen mainly as guidelines of good banking practice, awareness of challenges which banks have been facing from the start of the crisis resulted with some special steps taken individually by them, some of them out of their own initiative, some as the result of heavy regulatory pressure of national supervisory financial authorities, which also created some of safety rules on their own, that mainly took form of tightening of credit standards for loans.

Poland, being geographically and politically placed in the centre of that financial storm, re-emerged from it almost unscathed, but the evidence which that economic crises provided has had its direct implications on Polish banking regulations, as local authorities took that lesson seriously. Some new rules and procedures were implemented, among them those which recently caused some public stir and discussion, as they have direct impact on life and financial situation of many Poles, due to the fact that mortgage credits and loans became popular remedy for still high deficit of dwellings, while their availability and conditions of repayment may now become even harder to meet, when compared to previous prudential procedures.

The Polish banking system was not badly experienced by the crisis, especially as some banks reacted instantly to the situation by tightening their security policy, nonetheless the national financial regulator – the Commission of Financial Supervision (Komisja Nadzoru Finansowego) has recognized some potential dangers within Polish banking system. In the introduction to the newly implemented into the Polish banking legal system Recommendation T the KNF named some of them: lowering requirements in credit analysis, excess elongation of amortization schedules of loans in order to offer to borrowers lower monthly payments and acceptance of enlarged LtV (loan-to-value) ratio.¹¹ All of them, in opinion of the KNF arose from existing in Poland tough competition between financial services institutions. These failings in process of risk management as well as present situation on the global financial market, led the KNF to the decision that to protect the banking system some regulations have to be changed.

The KNF, when public consultations on new regulations were launched, put a great stress on that truth that recent financial crisis has provided a perfect proof of how tightly the world we are living in is correlated and how illusionary are each country's physical borders, when threatened by such

¹⁰ Directive 2008/4/EC on Credit Agreement for Consumers

¹¹ Komisja Nadzoru Finansowego, „Rekomendacja T”, 2010, March 20, 2011, <http://www.knf.gov.pl/regulacje/praktyka/rekomendacje/rekomendacje.html>

global jeopardy. The regulator emphasised that the globalisation is a fact, especially in the field of finance, with so many examples coming from various parts of the globe proving how necessary is the process of maximal harmonization of cautionary measures which countries would be able to apply to protect their financial markets.¹² Therefore both new recommendations, beside providing methods and solutions which are supposed to protect the Polish banking system, are at the same time tools with which the KNF is trying to reshape the framework of banking system in Poland to achieve its compliance with the EU regulations.

These two recommendations took the form of two sets of principles of good banking practices – one is called the Recommendation S and relates to mortgage risk exposures,¹³ the other one is called the Recommendation T and regulates retail credit risk exposures.

Although these documents are not universally binding legal acts, still, as they are issued on the basis of specific authorisation contained in the Polish Banking Law (art. 137.5)¹⁴ together with art 11 of the Act on Supervision of Financial Market,¹⁵ and as they are addressed to Polish banks, they have binding power over them, as institutions subordinate to issuer of these acts. The Recommendation S was issued in 2008, but already have been amended in 2011, while the Recommendation T is from February 2010 and has been introduced into banking practice at the end of year 2010.

The Recommendation S is addressing such fields as: general management, risk management, exchange rate risk and interest rates' risk to which the borrower is exposed, collateral and customer relationship, while the Recommendation T is dealing with general management, risk management, also with the identification, measurement and the problem of setting the limits of acceptable risk, collaterals and customer relationship and internal controlling, and they are supposed to act as a framework for good risk management, controlling and integration of all banking procedures involved in the process of offering loans and mortgages. As was already mentioned earlier in both of them we can recognize large influence of some of the EU latest directives regulating financial services.

Studying the texts of both Recommendations leads to the conclusion that just like in the Directive 2008/48/EC on Credit Agreement for Consumers, special attention is paid there to customer protection against unfair and

¹² *ibidem*

¹³ Komisja Nadzoru Finansowego, „Rekomendacja S”, 2011, March 20, 2011, <http://www.knf.gov.pl/regulacje/praktyka/rekomendacje/rekomendacje.html>

¹⁴ Prawo bankowe, Dziennik Ustaw, 2002, no 72.665

¹⁵ Ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym, Dziennik Ustaw, 2006, no 157.1119

misleading practices. Both recommendations make banks obliged to act with professional diligence to enable their customers to make their decisions in full knowledge of the facts by offering to them clear, complete and adequate information, enabling them to decide whether the credit product they are being offered is suitable for them, already when it is just advertising and marketing, then stage prior to the conclusion of the credit agreement, and later during all phases of the credit relationship. That information should include: the borrowing rate, any index or reference rate applicable to initial borrowing rate, the charges applicable from the time the credit agreement is concluded, the amortisation table with the amount and frequency of payments, while such table - in case of loans where the interest rate is not fixed – should clearly indicate that the data contained there can be changed in accordance to conditions included in the credit agreement.

Both recommendations make banks obliged to implement special procedures of providing customers with any information that may have an impact on the cost of that credit and involved with it risk, such as exchange rate. Special emphasis is put on binding banks not to recommend loans in other currency than the one in which the borrower is receiving his or her income as they make customers more exposed to risk.

Separate problem which appears in those two Recommendations is the task of providing an advice. In distinction from providing information which is just description of the product, advice comes closer to recommendation, and here both those regulations implement the same solution as the one which can be found in mentioned earlier the EU regulations, that such advice cannot put undue pressure on the borrower. Therefore it has to be provided by specially trained bank specialist, and should be objective, matching the needs of the borrower, and offering explanation of types of risks involved in that product. Here the Recommendation S follows what appeared in the 2007 White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets.¹⁶ Another example of a solution appearing in the Customer Credit Directive which was also incorporated into both of these recommendations is the one ordering banks to assess the customer's creditworthiness on the basis of sufficient information, obtained from the customer and through a consultation of the relevant database.

With the problem of monitoring customers' creditworthiness connected is monitoring of accepted collateral. Both recommendations ordered banks to develop and use special policies, procedures, controls and tools which should enable them to monitor the value of real estate when the mortgage was given, and any other security which was accepted by the bank in case of other type of credit product.

¹⁶ European Commission, „White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, www.ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/home-loans/integration_en.htm#whitepaper

After witnessing the broad run for mortgage loans and the sharp end of the boom in housing prices in the USA, the KNF made some regulations of the Recommendation S even more strict than Directive 2006/48/EC, for instance those relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions, providing the framework for supervision of banks' soundness and as such also suggesting methods of risk monitoring. When the Directive states that the value of the property should be monitored on the frequent basis, at a minimum once every three year for residential real estate, the Recommendation orders banks to do that at least once every year.

Special attention is paid by the KNF to technical side of the process and the control of risk monitoring, as both Recommendations demand an implementation of special management systems, procedures, and control functions offering accuracy, completeness and appropriateness of model inputs and results, which effectiveness has to be constantly reviewed to limit potential errors.

Beside those general rules making the regulation of the Polish banking system more harmonized with the works of the European Committee, the KNF introduced a group of detailed regulations setting some national limits and processes binding all Polish banks.

Reaction of the Banking Sector

Despite the fact that the Recommendations set only the framework of regulations which Polish banks should fill with their own solutions, those solutions implemented there by the KNF were fiercely criticised by the Union of Polish Banks. There were many arguments used (see the KNF response to them titled: Myths concerning the Recommendation T)¹⁷, some of them were predicting very dramatic impact of the KNF actions, including such that the number of granted loans and credits may drop by 80%, making people stop buying goods what will lead to a general economic stagnation. The KNF also was accused of unfair treatment of the poorer group of the society by allowing them to use loans and credits only to very limited extend, due to the limit which was introduced by the Recommendation T, making possible granting loans and credits only if the monthly instalments were not bigger than half of the borrowers' income. In that discussion became involved also the media, representing the customers, who were

¹⁷ „Mity związane z Rekomendacją T” (n.d), March 04, 2010, March 26, 2011,
http://www.knf.gov.pl/aktualnosci/Mity_zwiazane_z_Rekomendacja_T.html

watching that dispute with great attention, ready to react – similar situation in 2006 year when the first Recommendation S was announced led to a mortgage boom. The confrontation ended with some softening of the KNF's regulations.¹⁸

The analysis of reactions of the Polish banking system which took place in those weeks which passed since the enactment of both Recommendations shows that although banks made some necessary changes in their regulations, they decided also to give a wide interpretation on them. As a result that mentioned above limit of ratio debt-to-income which should not be higher than 65% of monthly income of the borrower on condition that his income is above the country's average, according to the data provided by Open Finance Agency¹⁹ in case of some banks still reaches 75% ,while in others does not exceed 50%, due to the fact the Recommendation does not state which months should be taken under consideration and how often that data should be updated.

Still, the general reaction of the banking system to the recent changes of regulations regarding mortgages can be called a smoothening of lending policies.²⁰ According to the data provided by the Union of Polish Banks in the last quarter of year 2010 the number of credits with lowered down payment levels grew (by 17%), many banks decided to offer more competitive credit margins, but at the same time due to the implementation of the Recommendation T banks have sharpened their criteria of creditability assessment.

It may look like lack of cautionary measures on their side, but almost all Polish banks reacted to what was happening on the financial market even before the regulator enforced these new rules. They introduced their own regulations in order to rebalance credit portfolio, in some cases they even stopped granting mortgage loans in certain currencies to reduce the risk. There were even cases where the KNF had to intervene in order to protect interest of some banks' customers as banks started to demand from them acceptance of some changes of credit contracts in order to change the currency structure in their mortgage portfolio.²¹

Majority of Polish banks decided to convert generated in year 2009 profits into capital to enhance their ability to absorb risk, but at the same time as

¹⁸ Armada-Rudnik P., „Prawo hipoteczne po nowelizacji z 26.06.2009r., Monitor prawniczy, 2010, no 1 7-15

¹⁹ Sadrak M., „Rekomendacja T nie dla wszystkich”, 2011, February 22, 2011, <http://prnews.pl>

²⁰ Nierodka A., „Mortgage Climate” (Report no 3, 2010), March 26, 2011, www.ehipoteka.pl

²¹ ibidem

the competition between credit institutions in Poland is very fierce, they also learned how to put an interpretation on some binding them regulations to be able to offer more than their competitors.

Still, these recent efforts, although they are steps in good direction, as they solve some local problems and make a mortgage more affordable and flexible instrument, in larger perspective are just a beginning of a long process of adjusting regulations to demands of the modern integrated financial market. Those already taken measures do not ensure fair competition between domestic and foreign credit institutions, they do not enhance the cross-border availability of the product, and fail to create risk reducing instruments that would make both mortgage lenders and borrowers more interested in the cross-border transactions. It cannot be achieved without some changes in legislation regulating enforcement of collateral, establishing of cross-border standards of property valuation, improvement to the exchange of information between domestic and foreign credit bureaux, as well as ameliorating of land register, but first of all without paying attention to the demands of modern market.

Literature:

Legal Acts:

- Directive 2006/28/EC on Credit Institutions
- Directive 2008/48/EC on Credit Agreement for Consumers
- Prawo bankowe, *Dziennik Ustaw*, 2002, No 72.665
- Ustawa o księgach wieczystych i hipotece, *Dziennik Ustaw*, 2001 No 124.1361
- Ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym, *Dziennik Ustaw*, 2006,, no 157.1119
- Komisja Nadzoru Finansowego, *Rekomendacja S* , Retrieved March 20, 2011, from Komisja Nadzoru Finansowego website:
<http://www.knf.gov.pl/regulacje/praktyka/rekomendacje/rekomendacje.html>
- Komisja Nadzoru Finansowego, *Rekomendacja T* , Retrieved March 20, 2011, from Komisja Nadzoru Finansowego website:
<http://www.knf.gov.pl/regulacje/praktyka/rekomendacje/rekomendacje.htm>

Other sources:

- Armada-Rudnik P.: Prawo hipoteczne po nowelizacji z 26.06.2009r., Warszawa, *Monitor Prawniczy*, 2010, no 1, 7-15
- Gniewek E.: Współczesne modele hipoteki, *Monitor Prawniczy*, 2011, no 4. Retrieved March 21, 2011 from:
<http://www.monitorprawniczy.pl>
- Gumiński P.: Hipoteczne zabezpieczenie odsetek od kredytu bankowego – stan obecny i spodziewana nowelizacja, Warszawa, *Monitor Prawniczy*, 2008, no 22, 1196-1207
- *Mity związane z Rekomendacją T. (n.d)* Retrieved March 26, 2011, from Komisja Nadzoru Finansowego website:
http://www.knf.gov.pl/aktualnosci/Mity_zwiazane_z_Rekomendacja_T.html
- European Commission, „White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, 2007, Retrieved March 20, 2011,
http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/integration_en.htm#whitepaper
- Nassarre Aznar S. : Looking for a model for a Eurohypothec, Retrieved March 26, 2011, from The Polish Mortgage Credit Fundation website:
www.ehipoteka.pl
- Nierodka A.: *Mortgage Climate* (Report no 3, 2010), Retrieved March 26, 2011, from The Polish Mortgage Credit Fundation website:
www.ehipoteka.pl
- Ohler C. : International Regulation and Supervision of Financial Markets after the Crisis, *Working Papers on Global Financial Markets*, No 4, 2009, Retrieved February 15, 2011 from The Global Financial Markets website: <http://www.gfinm.de/images/stories/workingpaper4.pdf>
- Pisuliński J.(Ed): Hipoteka po nowelizacji, *Komentarz*, Warszawa, LexisNexis, 2010, 622, ISBN 978-83-7620-509-0
- *Report Amron Sarfin*, Retrieved March 26, 2011 from The Union of

Polish Banks website:

http://zbp.pl/photo/!Struktura/Raporty/AMRON-SARFiN/Raport%20AMRON_SARFiN_4.pdf

- *Report of the High Level Group on Financial Supervision in the EU.* (2009). Retrieved March 26, 2011 from The European Commission website:

http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf

- Sadrak M.: Rekomendacja T nie dla wszystkich, 2011, Retrieved February 22, 2011 from PRNews website: <http://prnews.pl/>
- Siwek A.: Hipoteka – nowe uprawnienie dla właściciela nieruchomości obciążonej, 2011, Retrieved March 05, 2011 from Nieruchomości.Beck website: <http://www.nieruchomosci.beck.pl>

Contact – email

kaja.markiewicz@gmail.com

DEZVOLTAREA (CREAREA) DREPTULUI FISCAL INTERNAȚIONAL

BULIGA MIRELA VIOLETA

Doctorand Facultatea de Drept și Științe Administrative

Universitatea de Vest Timișoara

Rezumat

Dezvoltarea comerțului internațional (din care aproximativ 2/3 se desfășoară prin întreprinderi multinaționale) trebuie să fie însoțită de reguli internaționale menite să evite cazurile de dublă impunere susceptibile să o afecteze. Importanța convențiilor de evitare a dublei impuneri încheiate după Modelul OECD, UN sau SUA este susținută și de importanța practică a Comentariilor la aceste convenții care, în pofida valorii lor juridice incerte, sunt aplicate în numeroase state, inclusiv în state ne-membre OECD.

Cuvinte cheie: comentariile la Convenția Model OECD, interpretare, aplicare, jurisprudență

Abstract

The development of the international trade (out of which about 2/3 is represented by multinational enterprises) needs to be accompanied by international rules meant to avoid all kind of taxation which could affect such developments. The great importance of the double taxation conventions concluded according with the OECD, UN and US Model Conventions is sustained by the practical impact of the Commentaries to the OECD Model which despite to their uncertain legal value are applied (followed) by many countries, including the non OECD members.

Key words: The Commentaries of the OECD Model Convention, interpretation, application, case law.

Crearea dreptului fiscal internațional pe calea Convenției Model OECD și a Comentariilor la aceasta.

1. Introducere

La încheierea unei convenții de evitare a dublei impuneri, cele două părți (state) semnatare își asumă o obligație internațională prin care se obligă să impună taxe (impozite) într-o anumită situație particulară sau dimpotrivă să renunțe la drepturile sale de impozitare. O atare convenție având natura juridică a unui tratat internațional se supune regulilor dreptului public internațional.

Dreptul internațional public are de-a face însă cu instituțiile publice internaționale create în marea majoritate a cazurilor de către state prin încheierea unui tratat prin care o nouă entitate internațională este creată. Dezvoltarea comerțului internațional este acompaniată de elemente de fiscalitate internațională apte să genereze probleme pentru a căror rezolvare competența fiecărui stat în parte se dovedește a fi limitată. Pentru a le tranșa, a fost necesară recurgerea la organisme înzestrate cu competența de a crea, dezvolta, impune reguli apte să minimizeze potențialul fiscalității ca factor de frână al comerțului internațional. În materia fiscalității internaționale o astfel de organizație este reprezentată de OECD care, prin organismele sale, a contribuit la elaborarea Modelului de Convenție OECD și a Comentariilor la aceasta.

2. Natura juridică a Comentariilor la Convenția Model O.E.C.D.

2.1. Instance din diferite țări¹ acceptă în măsură mai mare sau mai mică ca ghid de interpretare Comentariile elaborate sub egida Comitetului pentru probleme fiscale al OECD.

În România, aceste Comentarii sunt puțin cunoscute, deoarece nu au fost încă oficial publicate într-o formă care să prezume aducerea lor la cunoștința publicului larg, a contribuabililor în general, constituind doar un instrument de lucru la nivelul autorităților fiscale sau al unor specialiști din domeniu.

Valoarea² intrinsecă deosebită a acestor Comentarii rezultă din următoarele atribute:

- detaliile analizei efectuate asupra conținutului unor noțiuni diferite de la țară la țară, care îmbracă aceleași conținuturi;

¹ Frank Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD, 2004.

² Radu Bufan, B. Castegnede, Alexandra Safta, Mihai Mutascu, *Tratat de Drept fiscal. Partea Generală. Volumul I*, Ed. Lumina Lex, București, 2005, pag. 245,

- acordul dat de marea majoritate a statelor membre ale OECD prin aceea că nu au făcut observații sau rezerve masive și semnificative la aceste articole / comentarii.

Într-o opinie³, se consideră că valoarea comentariilor OECD echivalează cel puțin cu cea a unei doctrine de largă autoritate, datorită faptului că OECD însăși constituie o organizație de mare autoritate și a „inspirației” largi pe care statele contractante au realizat-o din textele Comentariilor atunci când au încheiat convențiile.

S-a susținut chiar că acestea pot fi considerate ca făcând parte din contextul Convențiilor fiscale⁴; „instituția” contextului constituie în dreptul public internațional o sursă importantă de interpretare a tratatelor internaționale.

Considerăm că valoarea acestor Comentarii trebuie să primeze în opera de interpretare și aplicare a dispozițiilor din Convenții, cu atât mai mult cu cât comentariile OECD au fost larg recunoscute ca fiind un ajutor eficient în interpretarea prevederilor tratatelor pe baza formulării Modelului OCDE.

Totuși, una din cele mai disputate chestiuni în doctrina dreptului fiscal internațional este cea a valorii legale a Comentariilor la Convenția Model OECD. Aceasta deoarece începând cu anul 1963, Convenția Model OECD a avut repercusiuni asupra negocierii, aplicării și interpretării convențiilor fiscale. Importanța Convenției Model și a Comentariilor este evidențiată chiar în Introducerea⁵ la Convenția Model OECD, în următoarele idei :

- În primul rând, statele membre OECD s-au conformat într-o mare măsură Convenției Model în momentul încheierii sau revizuirii convențiilor bilaterale. Progresele realizate în sensul eliminării dublei impuneri între Statele Membre pot fi măsurate prin creșterea numărului de convenții încheiate sau revizuite începând cu anul 1957, în conformitate cu Recomandările Consiliului OECD. Totuși, importanța Convenției Model ar trebui măsurată nu doar prin prisma numărului de convenții încheiate între Statele Membre, ci și prin faptul că, potrivit Recomandărilor Consiliului OECD, aceste convenții respectă structura și, în majoritatea cazurilor, principalele prevederi ale Convenției Model. Existența Convenției Model a facilitat negocierile bilaterale între Statele membre OECD

³ A. Tiberghien, „Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht”, citat de W. Piot, Periple dans l’interpretation des conventions fiscales, R.G.F, nr. 3/1053, pag. 95

⁴ K. Vogel, „Double Tax Treaties and their interpretation” (1986), in International Tax and Bussines, pag.140

⁵ Introducere Convenția Model OECD, 2010.

și a făcut posibilă armonizarea dorită între convențiile bilaterale, în beneficiul atât al contribuabililor cât și al administrațiilor naționale.

- În al doilea rând, impactul Convenției Model s-a extins dincolo de zona OECD. Convenția a fost utilizată ca element de referință în negocierile dintre statele membre și țările nemembre, și chiar și în țările nemembre, precum și în activitățile altor organizații mondiale sau regionale în domeniul dublei impunerii și a problemelor conexe⁶.
- În al treilea rând, recunoașterea mondială a prevederilor Convenției Model și integrarea acestora în majoritatea convențiilor bilaterale au transformat Comentariile asupra prevederilor Convenției Model într-un ghid acceptat la scară largă pentru interpretarea și aplicarea dispozițiilor convențiilor bilaterale existente. Această situație a înlesnit interpretarea și punerea în aplicare a acestor convenții bilaterale, potrivit unor linii comune. Deoarece rețeaua de convenții fiscale continuă să se extindă, importanța unui astfel de ghid acceptat la scară largă este cu atât mai mare.

Dacă primele două deziderate pot fi considerate realizabile în practică, cel de-al treilea (aptitudinea Convenției Model și a Comentariilor la acesta de a contribui la unitatea aplicării și interpretării convențiilor bilaterale existente) este susceptibil să genereze atât dispute doctrinare cât și dificultăți în activitatea de aplicare și interpretare a acestora nu numai la nivelul administrației fiscale și a contribuabilului dar și a instanțelor de judecată.

Deși în majoritatea cazurilor, statele, atunci când negociază o anumită convenție de evitare a dublei impunerii respectă (copiază) Modelul OECD, totuși nu există o obligație legală de a proceda în acest sens. De altfel, analiza convențiilor de evitare a dublei impunerii evidențiază faptul că într-o mai mică sau mai mare măsură dispozițiile acestora se depărtează de modelul de convenție în funcție atât de interesul fiecărui stat cât și de specificitatea legislației sale naționale.

Premisele de la care trebuie să pornim atunci când analizăm forța juridică a Comentariilor trebuie să diferențieze după cum statele semnatare au preluat cu acuratețe dispozițiile Modelului sau dimpotrivă l-au ajustat în funcție de circumstanțele fiecărui caz în parte. În

⁶ Convenția Model OECD a fost utilizată ca punct de pornire pentru elaborarea și revizuirea ulterioară a Convenției Model a Națiunilor Unite privind Dubla Impunere în țările dezvoltate și în curs de dezvoltare.

doctrină⁷ se arată că în situația în care convenția de evitare a dublei impuneri încheiată între anumite state conține dispoziții ce se depărtează de la cele ale Modelului, atunci acestea ar trebui să aibă forță obligatorie iar nu dispozițiile relevante ale Modelului OECD. Afirmatia este firească, deoarece statele semnatare nu pot fi legate decât de aspectele asupra cărora au negociat și ajuns la un acord.

Dar ce se întâmplă în situația în care statele semnatare ale convenției de evitare a dublei impuneri decid să urmeze întocmai modelul pus la dispoziție de către OECD? Semnifică această conformare că cele două părți sunt ținute să respecte numai dispozițiile modelului de convenție sau, în plus, sunt ținute și de dispozițiile comentariilor care le explicitează pe cele ale Convenției? Se poate presupune că statele contractante prin preluarea dispozițiilor modelului au preluat și dispozițiile comentariilor care însoțesc modelul? Este capabilă doctrina și practica dreptului fiscal internațional să ajungă la un consens în această privință? Departe de dezideratul urmărit de OECD, totuși acesta rămâne una din problemele nerezolvate ale dreptului fiscal internațional.⁸

Întrebarea care se ridică este dacă statele semnatare a convenției de evitare a dublei impuneri trebuie să o interpreteze prin prisma comentariilor. Evident că interpretarea se poate realiza prin recurgerea la comentarii. Dar pentru aceasta, considerăm că este necesară o recunoaștere a acestui mijloc de interpretare de către respectivul stat semnat al convenției.

Dar ce se întâmplă în situația în care nu există o atare exteriorizare (recunoaștere) a valorii ce trebuie conferită comentariilor la Convenția Model? Consiliului OECD a adoptat în anul 1997 o recomandare în sensul în care atunci “când se încheie sau se revizuieste o convenție bilaterală, guvernele statelor a trebui să se conformeze Modelului de Convenție așa cum este interpretat de către Comentarii”. Recomandă, de asemenea, “administrațiilor fiscale naționale să respecte comentariile la Articolele Convenției Model, așa cum sunt modificate din timp în timp, când aplică și interpretează dispozițiilor convențiilor bilaterale care urmează aceste articole”.

Așadar, recomandarea Consiliului OECD este de a se urma, atunci când se încheie (revizuieste) o convenție de evitare a dublei impuneri atât modelul OECD cât și comentariile care le însoțesc.

⁷ Sjoerd Dourma, Frank Engeln, The legal Status of the OECD Commentaries, Volumul I Conflict of Norms in International Tax Law Series, IBFD, 2008., p. 22

⁸ Idem, pag. 22.

Recomandarea este destinată atât guvernelor statelor semnatare însărcinate cu negocierea convențiilor de evitare a dublei impunerii cât și administrației fiscale abilitată să aplice și să interpreteze dispozițiile acesteia.

Înainte de a lămuri controversa privind valoarea juridică a comentariilor ar trebui elucidată chestiunea instrumentului juridic prin care Consiliul OECD a înțeles să acorde valente modelului de convenție și comentariilor la acesta. Aceasta deoarece, Consiliul OECD a înțeles să emită doar recomandări iar nu să impună conduite (obligații) pe calea deciziilor. O astfel de decizie obligatorie nu a fost adoptată în practică și este puțin probabil să fie adoptată având în vedere controversa cu privire la acest subiect prin statele membre OECD⁹.

O alternativă la lipsa de forță juridică a recomandărilor Consiliului OECD ar putea consta în inserarea de către statele semnatare ale convenției a unei declarații (clauză) privind interpretarea dispozițiilor preluate din Convenția Model în conformitate cu interpretarea conferită de Comentarii așa cum a procedat Austria în convențiile de evitare a dublei impunerii pe care le-a încheiat.

Având în vedere modificările la care este supusă atât Convenția Model OECD cât și Comentariile la aceasta, se pune problema aplicabilității comentariilor ulterioare asupra convențiilor de evitare a dublei impunerii încheiate anterior. În ce măsură evoluția și interpretarea conferită ulterior prin comentarii poate să fie impusă asupra sensului avut în vedere de către statele semnatare ale convenției la momentul perfectării negocierilor. Consiliul OECD recomandă ca administrațiile fiscale să respecte comentariile la articole “așa cum sunt modificate din timp în timp”. Așadar o atare recomandare ar fi în sensul în care o evoluție ulterioară să poată fi avută în vedere în procesul de interpretare chiar dacă nu a fost întrevăzută la momentul semnării convenției.

Considerăm că o atare interpretare trebuie abordată cu atenție și acceptată cu rezerve din următoarele perspective:

- Statele semnatare au avut în vedere un anumit sens al unei anumite dispoziții din Convenție și din comentariile la aceasta. Orice interpretare ulterioară care adaugă la

⁹ Idem, pag. 24

sensul inițial nu poate fi acceptată pentru simplul motiv că nu a fost prevăzută la momentul negocierii respectivei convenții.

- O abordare contrară ar fi susceptibilă să alocă respectivei dispoziții conotații care nu au fost dorite de către părțile semnatare ale convenției la momentul negocierii.
- Poate fi acceptată o interpretare ulterioară conferită prin comentarii, dar care nu adaugă la cea precedentă ci doar o explicitează în contextul evoluției societății.

2.2. O altă problemă este cea de a stabili dacă aceste Comentarii ar trebui folosite ca parte din regula generală de interpretare, așa cum este ea descrisă în articolul 31 al Convenției de la Viena asupra interpretării tratatelor, sau ca un mijloc complementar de interpretare, în înțelesul articolului 32 al acestei Convenții.

Nu există un consens în legătură cu această chestiune. Un argument în favoarea folosirii Comentariilor ca parte a regulii generale îl reprezintă faptul că ele formează parte din context, așa cum este el definit la articolul 31, alineatul 2, și anume „[...] orice acord în legătura cu tratatul și care a intervenit între toate părțile cu prilejul încheierii tratatului sau orice instrument stabilit de către una sau mai multe părți cu prilejul încheierii tratatului și acceptat de celelalte părți ca instrument având legătura cu tratatul”.

Atunci când ambele state contractante sunt membre OECD, poate părea ca fiind mai simplu să se stabilească legătura dintre Comentariile la Convenția Model și respectiva convenție de evitare a dublei impuneri decât în situația în care doar una sau nici una dintre părțile la tratat nu ar fi membră. Acest argument nu este totuși pe deplin convingător, deoarece, în practică, atunci când există o astfel de înțelegere, ea poate depinde de ceea ce a fost convenit și stabilit în timpul negocierilor respectivului tratat, dar înregistrările (*travaux preparatoires*) cu privire la negocierile unui tratat fiscal sunt arareori puse la dispoziția plătitorilor de impozite sau a instanțelor¹⁰.

OECD s-a exprimat clar în sensul conform căruia Comentariile nu au forță juridică obligatorie și astfel nu poate fi prezumat că ele au fost convenite și acceptate de către negociatorii tratatului cu privire la încheierea respectivului tratat cu intenția ca acestea să rezulte în obligativitatea lor

¹⁰ De exemplu, în UK, aceste *travaux preparatoires* sunt puse la dispoziția publicului după un termen de 75 de ani. În alte țări, asemenea documente nu sunt niciodată făcute publice.

pe tărâmul dreptului internațional în legătură cu tratatul în cauză¹¹. S-a argumentat că ele pot fi totuși folosite ca mijloace complementare de interpretare la care se poate recurge în conformitate cu dispozițiile articolului 32 din Convenția de la Viena dacă textul tratatului lasă înțelesul ambiguu sau obscur, sau dacă conduce la un rezultat care este în mod evident absurd sau nerațional. Cu toate acestea, Comentariile nu sunt lucrări preparatorii (*travaux préparatoires*) ale nici unui tratat fiscal (ale unei anumite convenții de evitare a dublei impuneri) anume și articolul 32 are un rol limitat de jucat în interpretarea tratatelor.

Poate cea mai bună poziție este cea potrivit căreia Modelului și Comentariilor existente la momentul când un anumit tratat a fost încheiat ar trebui să li se acorde o pondere substanțială în interpretarea unei prevederi a tratatului care se bazează pe Modelul OECD, fără a se ține cont de „compartimentele” din articolele 31 și 32 ale Convenției de la Viena¹². O astfel de optică presupune că aceste Comentarii, existente în momentul încheierii respectivului tratat fiscal, oferă indicații cu privire la interpretarea tratatului, așa cum a fost ea înțeleasă sau intenționată de către negociatorii tratatului.

Altă chestiune nerezolvată este aceea dacă este posibil - iar în eventualitatea în care este posibil, în ce modalitate - ca modificările făcute de către OECD asupra Comentariilor, subsecvent negocierilor și încheierii unui anumit tratat, să fie luate în considerare în interpretarea tratatului care adoptă textul Modelului OECD. Comitetul pentru Probleme Fiscale al OECD consideră că tratatele fiscale preexistente ar trebui „pe cât posibil” să fie interpretate în spiritul Comentariilor revizuite, chiar și în acele cazuri în care prevederile acelor tratate fiscale nu coincid cu formularea mai precisă a Convenției Model, deoarece Comitetul este de

¹¹ OCDE a afirmat neobligativitatea Comentariilor OCDE în alineatul 29 din Introducerea la Model și în alineatul 32 din *Triangular Case Report* al OCDE. A se vedea, de asemenea, și articolul 5(b) din *Convention on the Organization for Economic Co-Operation and Development*, și Regulamentul 18(b) din *OECD Rules of Procedure* care subliniază faptul că Comentariile OCDE, sprijinite de o Recomandare a Consiliului (și nu de o Decizie) nu sunt intenționate a fi obligatorii. Pentru opinia contrară, vezi Engelin, F., *Interpretation of Tax Treaties Under International Law*, Amsterdam: IBFD Publications BV, 2005.

¹² Aplicarea principiilor logicii și bunului simț, folosite de instanțele naționale în interpretarea statutelor, este permisă în dreptul internațional în interpretarea tratatelor, deși nu se face referire la aceasta în art. 31 sau 32 din Convenția de la Viena. Aceasta pare a fi și poziția adoptată de către Institutul American de Drept; a se vedea *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Income Taxation II, Proposals on United States Income Tax Treaties*, Philadelphia: American Law Institute, 1992, pag. 53.

păreră că respectivele Comentarii, revizuite, sunt "relevante" în interpretarea și aplicarea tratatelor încheiate anterior¹³.

Este totuși dificil să se justifice utilizarea comentariului revizuit, în lumina articolului 32 al Convenției de la Viena, deoarece Comentariul revizuit nu poate fi considerat nici ca lucrare preparatorie în legătură cu respectivul tratat, nici ca parte a circumstanțelor încheierii sale. Dacă Comentariile apărute anterior încheierii unui anumit tratat urmează a fi folosite drept "context legal" pentru a indica intențiile comune ale negociatorilor tratatului sau drept mijloace complementare de interpretare, acest procedeu pare să elimine folosirea similară a Comentariilor subsecvente.

S-a argumentat că partea din regula generală de interpretare exprimată în alineatul (3) litera a) din art. 31, care autorizează luarea în considerare, alături de context, a „oricărui acord ulterior intervenit între părți cu privire la interpretarea tratatului sau la aplicarea dispozițiilor sale” se aplică la folosirea Comentariilor ulterioare. Asupra faptului dacă respectivele Comentarii constituie sau nu „un acord ulterior” privind interpretarea unui tratat, s-a stabilit că ele nu constituie un astfel de acord din perspectiva niciuna dintre statele membre OECD, acordul fiind prevăzut ca obligatoriu. Dacă ambele state contractante la un anumit tratat sunt reprezentate în Comitetul pentru Probleme Fiscale al OECD, atunci, deși s-ar putea să fie ușor exagerat, un comentariu revizuit, la care nici una dintre părți nu aduce nici o observație, poate fi considerat un acord dar nu i se poate conferi decât valoarea unei înțelegeri lipsite de forță obligatorie, similară ca efect unui Memorandum de Înțelegere Neobligatoriu ("MOU") din dreptul internațional¹⁴. Referitor la articolul 31, alineatul (3), litera (a) din Convenția de la Viena, Comentariile la articolele 31-33 din Convenția de la Viena indică faptul că această parte din regula generală de interpretare se referă la înțelegeri pe care părțile intenționează se le facă obligatorii.

¹³ Alin. 33, 35 și 36 din Introducere la Convenția Model OECD.

¹⁴ Cu privire la neobligativitatea MOU a se vedea, Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pag. 26 și următoarele.

O înțelegere cu privire la interpretarea unei prevederi realizată după încheierea tratatului reprezintă o interpretare autentică de către părți, de care trebuie să se țină seama în tratat în vederea interpretării sale¹⁵.

Comentariile subsecvente - care sunt cu adevărat interpretative și nu încercări deghizate de a modifica Modelul, de a umple goluri sau de a răsturna interpretări anterioare - pot fi, cel mult, informative și pot fi folosite la fel ca și lucrările experților, dar nu trebuie confundate cu rolul diferit care este jucat de Comentariile publicate anterior încheierii unui anumit tratat.

În cele din urmă, în unele cazuri, Comentariile OECD sunt mult mai detaliate și conțin reguli interpretative ce nu se reflectă, în fapt, într-o citire a textului însuși al Modelului de Convenție. Apare, așadar, întrebarea cât de mult pot fi utilizate acele afirmații din Comentarii care nu sunt doar interpretative, ci mai degrabă largesc formularea unor prevederi anume din Model sau pot fi considerate drept încercări de a umple golurile Modelului. Aici, OECD a recunoscut influența mai mică a unor astfel de Comentarii deoarece s-a considerat că hotărârile date de către instanțe trebuie respectate, hotărâri care interpretează prevederile literale ale tratatelor în chestiune și conflictul cu Comentariile care largesc formularea din Model¹⁶. În realitate, datorită primatului textului respectivului tratat în procesul de interpretare, așa cum este el codificat în articolul 31 al Convenției de la Viena, și explicat în Comentariile Convenției de la Viena, este dificil a găsi un rol important - sau orice fel de rol - pentru astfel de Comentarii.

Principalul scop al celor de mai sus este acela de a desluși în ce mod se vor întrebuița deciziile curților străine în interpretarea dispozițiilor tratatelor fiscale. Deciziile unor astfel de curți străine pot sau nu să reflecte Comentariile OECD, dar curțile, ca și Introducerea la Model, fac referiri tot mai frecvente la Comentarii și astfel este tot mai posibil ca deciziile curților străine să fie influențate de Comentarii. În considerarea deciziilor curților străine, și a ponderii care urmează să li se acorde de către curțile naționale, chestiuni precum rangul curții care a dat decizia, natura obligatorie a unei astfel de decizii a curții în țara străină, rolul pe care

¹⁵ Alin. 14 din Comentarii la proiectul art. 27-30 din Convenția de la Viena.

¹⁶ A se vedea alin. 32 din OECD *Triangular Cases Report*. Comentariile la articolele 31-33 din Convenția de la Viena pun accentul pe baza textuală necesară pentru interpretarea tratatelor, și de aceea par să înlăture trimerile către acele părți din Comentariile OCDE care depășesc o simplă interpretare a textului Modelului.

Comentariile OECD l-au jucat în luarea deciziei¹⁷, și care Comentarii au fost utilizate, precum și stilul hotărârii și natura convingătoare a logicii și raționamentului, toate acestea trebuie evaluate de către curtea națională. Curțile naționale nu par întotdeauna să evalueze deciziile curților străine cu aceste considerente în minte, dar există unele cazuri în care curțile pur și simplu nu au acordat nici un fel de greutate unor decizii ale curților străine ocazionate de interpretarea altor tratate.

2.3. Legat de modul cum sunt apreciate Comentariile în diferite state, ar fi de arătat, de pildă, că în Franța, dacă acceptă cu reticență să ia în considerare Comentariile adoptate înainte de data semnării convenției în chestiune privind dubla impunere, curțile franceze refuză cu desăvârșire să țină cont de Comentarii¹⁸ sau de rapoarte O.E.C.D.¹⁹ publicate după adoptarea ei.

Curțile germane însă, se bazează, în multe ocazii, pe Comentariile O.E.C.D. în interpretarea unui termen al unei convenții de evitare a dublei impunerii. Curțile germane interpretează, în general, termenii din convențiile de evitare a dublei impunerii în conformitate cu Comentariile O.E.C.D. Este, totuși, disputat faptul dacă este posibil să se aplice o versiune ulterioară a Comentariilor unei convenții de evitare a dublei impunerii încheiată înainte de modificarea (sau ratificarea) Comentariilor.

Cu privire la importanța Convenției Model O.E.C.D. și a Comentariilor sale în deciziile cu privire la cazuri legate de convenții de evitare a dublei impunerii, Curtea Supremă a Italiei, până în

¹⁷ Dacă instanța națională (așa cum pare să fie cazul în Statele Unite, Canada, Australia și poate în Franța, Suedia și Republica Cehă) restricționează Comentariile OCDE de care ține seama la cele contemporane încheierii tratatului în chestiune, acest fapt trebuie luat în considerare. Dacă, totuși, curtea națională consideră și Comentariile ulterioare a fi la fel de relevante, acest fapt nu mai este la fel de relevant. Cu privire la pozițiile a diferite curți cu privire la această chestiune, a se vedea Ward et al., nota 7, pag. 95-104. Pentru un caz care a acordat Comentariilor subsecvente o greutate echivalentă cu legea, a se vedea decizia Curții Federale Elvețiene în *A Holding ApS v Federal Tax Administration* 8 ITLR 536 (2005), decizie în care curtea, probabil în *obiter dictum*, a considerat Comentariile OCDE ulterioare ca fiind amendamente ale "regulilor" pe care statele membre (și probabil și curțile) trebuie să le urmeze în interpretarea și aplicarea tratatelor încheiate anterior.

¹⁸ A se vedea *Commissaire du gouvernement* Arrighi de Casanova's Opinion, *Conseil d'Etat*; *Commissaire du gouvernement* Bachelier's Opinion, *Conseil d'Etat*.

¹⁹ Pentru un exemplu în care Raportul O.E.C.D. cu privire la regulile de capitalizare redusă a fost găsit ca fiind irelevant: *Commissaire du gouvernement* Bachelier's Opinion, *Conseil d'Etat*, decembrie 30, 2003, nr. 233894, *SA Andritz*, RJF 2004 nr. 238.

prezent, a negat orice fel de relevanță în cadrul sistemului italian atunci când are de-a face în mod expres cu natura unui astfel de mijloc de interpretare.

Mai mult, se pare că această Curte aplică în mod exclusiv principiul intern al legalității, potrivit căruia judecătorul este legat numai de acte ce au forță legală, și omite să cerceteze dacă și în ce măsură Comentariile ar putea avea orice altă relevanță sau dacă ar putea, în alt fel, să merite să fie luate în considerare în cadrul procesului de interpretare al tratatelor fiscale.

Într-adevăr, foarte recent, Curtea Supremă, într-o speță legată de noțiunea de sediu permanent în scopuri de TVA, a afirmat clar că respectivele Comentarii la Convenția Model O.E.C.D. nu posedă nici o forță juridică și vor fi privite ca o simplă recomandare pentru țările O.E.C.D., recomandare ce nu are forță obligatorie pentru sistemul judecătoresc. În aceeași decizie, Curtea a mai clarificat și faptul că amendamentele introduse în 2005 în Comentariile la articolul 5 din Modelul O.E.C.D. nu vor prezenta nici o relevanță în luarea deciziei în acel caz, datorită faptului că Italia a formulat o rezervă expresă cu privire la aceste puncte din Comentarii.

Curtea Supremă a adoptat deja o astfel de poziție în anul 2000, afirmând că speța ar fi trebuit să fie decisă exclusiv în baza dreptului intern italian, excluzând orice relevanță, în calificarea și interpretarea cazului, atât a Convenției Model O.E.C.D., cât și a Protocolului la convenția în cauză.

Cu toate acestea, fără a nesocoti astfel de expuneri de principiu, curțile italiene adesea fac referire la Comentariile aduse prevederilor din Modelul O.E.C.D. atunci când hotărăsc asupra unor spețe fiscale.

Curțile din Regatul Unit sunt obișnuite să aibă de a face cu decizii străine în general, și în special cu cazuri legate de convenții care au legătură cu excepțiile de la impozitare. După cum afirma Lordul Diplock într-o decizie a Camerei Lorzilor:

“În ceea ce privește deciziile curților străine, valoarea persuasivă a unei anumite decizii a curții trebuie să depindă de reputația și statutul ei, gradul în care deciziile sale sunt obligatorii pentru curțile din jurisdicțiile coordonate sau inferioare ei din țara de origine și de acoperirea sistemului de raportare a dreptului național. De exemplu, Domniile voastre nu ar nutri speranțe de uniformitate în interpretarea Convenției dacă ar fi fost să plecați de la părerea

prima facie pe care v-ați format-o cu privire la înțelesul său, cu scopul de a evita conflictul cu o decizie a unei curți de apel franceze care nu ar fi obligatorie asupra altor curți din Franța, ce ar putea fi contradictorie cu o decizie neraportată a unei alte curți de apel din Franța și care ar fi susceptibilă de a fi înlocuită de o decizie subsecventă a Curții de Casație care ar avea efect obligatoriu asupra curților inferioare din Franța. Nu înțeleg a fi o critică adusă hotărârilor din acele cazuri străine la care s-au referit domniile voastre dacă aș spune că acele curți care le-au emis nu îmi apar ca reușind să satisfacă criteriile care le-ar justifica pe domniile voastre să fie influențate de ele și să le urmeze deciziile în interesele uniformității interpretării”.

Un exemplu îl reprezintă și faptul că în 30 de decizii din șase țări în legătură cu o anume prevedere a convenției CMR s-a ajuns la nu mai puțin de 12 interpretări diferite.

Se poate prin urmare aștepta ca deciziile străine să fie folosite în mod frecvent în legătură cu tratatele fiscale care, deoarece se bazează pe Modelul O.E.C.D., au o mai mare similaritate decât alte tratate și se aseamănă, din acest punct de vedere, mai degrabă cu tratatele multilaterale.

buligamirela@yahoo.com

NAŘÍZENÍ O ÚPADKU 1346/2000 - KONCERNOVÁ INSOLVENCE

TOMÁŠ MORAVEC

Vysoká škola ekonomická v Praze, Fakulta mezinárodních vztahů, Katedra
podnikového a evropského práva

Abstract in original language

Článek se zabývá problematikou přeshraničního insolvenčního řízení v případě koncernů a navrhuje případnou možnou úpravu této problematiky. Jedním z problémů nařízení o úpadku 1346/2000 je chybějící úprava koncernové insolvence na území členských států EU.

Key words in original language

Úpadek, koncernová insolvence, COMI

Abstract

The article deals with cross-border insolvency proceeding in the case of company's group insolvencies and proposes how to regulate cross-border insolvency in the case of company's group. One of the problem of EC Regulation is there are no exactly rules for company's group insolvency and their COMI.

Key words

Insolvency, company's group, COMI

1. ÚVOD:

Nařízení o úpadku 1346/2000 bylo přijato za účelem regulace a řešení přeshraniční insolvence na území Evropské unie. Jeho cílem bylo zamezení forum shopping a posílení práv věřitelů v členských státech Evropské Unie. Po přijetí nařízení o úpadku 1346/2000 vstoupila do popředí problematika koncernových insolvencí, které nejsou nařízením o úpadku 1346/2000 řešeny. Koncernové insolvence nejsou v nařízení o úpadku 1346/2000 řešeny, jelikož na tuto problematiku je v členských státech nahlíženo značně rozdílně, a kompromis ohledně této otázky by zdržel legislativní proces. Většinou jsou nadnárodní podnikatelská seskupení považována za obecný fenomén práva a nadnárodní spolupráce. Problémem je, že vnitrostátní právní řády neposkytují prostředky k zacházení s nadnárodními skupinami společností. Koncernová podnikatelská seskupení jsou tvořena za určitými cíli, přičemž mezi některé patří zejména fiskální konsolidace, snížení rizika právní odpovědnosti společníků a optimalizace řídicích funkcí. Přes skutečnou existenci koncernových seskupení se právní řády otázkou koncernových insolvencí zabývají zřídka, což je i případ nařízení o úpadku 1346/2000. Při přeshraniční insolvenci jsou jednotlivé právnické osoby v rámci koncernového seskupení předmětem separátních insolvenčních řízení,

což bývá zpravidla v rozporu s ekonomickou skutečností, jelikož často v praxi dochází k tomu, že jednotlivé právnické osoby jsou majetkově a ekonomicky velmi propojeny a tvoří jednu ekonomickou a hospodářskou jednotku.

Tento článek se zabývá, jak nařízení o úpadku 1346/2000 nahlíží na koncernové insolvence. Nejprve budou zmíněny základní principy nařízení, následně přístup Soudního dvora Evropské unie¹ a přístup k tomuto problému v členských státech a možná navrhovaná úprava koncernových insolvencí. Přičemž se lze domnívat, že je nutné při navrhované úpravě koncernové insolvence a případné úpravy konsolidace těchto jednotlivých insolvenčních řízení vzít v úvahu, do jaké míry jednají jednotlivé právnické osoby samostatně nebo do jaké míry jednají jako jedna ekonomická jednotka.

2. PRINCIPY NAŘÍZENÍ

Problém v mezinárodních insolvenčních řízeních hraje rozdílnost v přístupu k insolvenčnímu řízení, a to zda se použije princip univerzality nebo teritoriality. Přeshraniční insolvenční řízení zpravidla vyústí v soutěžení rozdílných principů, které obsahují jednotlivé jurisdikce. Dva krajní případy pro řešení mezinárodních insolvencí jsou principy univerzality a principy teritoriality. Podle principu univerzality je na mezinárodní insolvence nahlíženo jako na jedno řízení a na otázky spojené s insolvenčním řízením se aplikuje právní řád státu, který insolvenční řízení zahájil. Zatímco podle principu teritoriality se v jednotlivých státech vedou samostatná insolvenční řízení, která se týkají majetku na daném území a ve kterých se uspokojují jednotliví věřitelé v daném řízení. Problémem teritoriality může být, že věřitelé neobdrží spravedlivý podíl na majetku dlužníka, jelikož majetek v každém řízení bude rozdělen jen mezi v daném řízení přihlášené věřitele. Univerzalita insolvenčního fóra je založena na předpokladu, že bez koordinace práva a soudů z různých jurisdikcí nemůže dojít v přeshraničních insolvencích k optimálnímu rozdělení aktiv, a tudíž je insolvenční řízení vedené u jednoho soudu ohledně všech aktiv efektivnější. Žádná země neaplikuje jak princip univerzality, tak princip teritoriality v „čistém“ pojetí, přičemž právní teorie zastává názor, že nařízení o úpadku 1346/2000 je založeno na teorii modifikované univerzality.²

¹ Pojem Soudní dvůr Evropské unie zavedla Lisabonská smlouva platná od 1. 12. 2009. Před tímto datem byl nazýván Evropským soudním dvorem. V textu bude používán název, který byl platný v době vydání daného rozhodnutí.

² Srov. Bělohávek, A. J.: Evropské a mezinárodní insolvenční právo: komentář, 1. vydání Praha: C. H. Beck, 2007.

3. MÍSTO HLAVNÍCH ZÁJMŮ DLUŽNÍKA V PŘÍPADĚ KONCERNŮ

Základním problémem v případě určení hlavních zájmů dlužníka je odlišné pojetí subjektivity dceřiných společností v rámci koncernové struktury, a to zda se jednotlivé dceřiné společnosti posuzují odděleně od koncernu nebo zda se na koncern nahlíží jako na jeden subjekt. Jelikož existují rozdílné názory na tuto problematiku, je velice obtížné dospět na evropské půdě ke konsenzu, jak bude řešena tato problematika koncernové insolvence. Podle místa hlavních zájmů dlužníka se totiž určuje rozhodné právo pro insolvenční řízení.

3.1 MÍSTO HLAVNÍCH ZÁJMŮ DLUŽNÍKA

Zcela zásadní otázkou insolvence podle nařízení o úpadku 1346/2000 je určení mezinárodní příslušnosti a s tím souvisejícím problémem, kterým je definování pojmu místa hlavních zájmů dlužníka. Tento pojem představuje kolizní hraniční určovatel pro pravomoc soudu.³ Podle článku 3 nařízení o úpadku 1346/2000 jsou příslušné k zahájení insolvenčního řízení členské státy, na jejichž území jsou soustředěny hlavní zájmy dlužníka. V případě společnosti nebo právnické osoby se za hlavní zájmy dlužníka považuje její sídlo, pokud není prokázán opak. To lze vyvrátit, pokud by společnost v místě sídla nevykonávala žádnou činnost a pokud by veškerou činnost vykonávala v jiném členském státě. Základní kolizní norma nařízení je obsažena v čl. 4 nařízení o úpadku 1346/2000. Ta stanovuje, že insolvenční řízení se má řídit právem státu, ve kterém bylo insolvenční řízení zahájeno. Tímto právem se řídí zahájení, průběh a ukončení insolvenčního řízení. Jedná se tedy o zásadu *lex fori concursus*.

Místo hlavních zájmů dlužníka odpovídá místu, ze kterého podnikatelský subjekt obvykle spravuje své zájmy a které je také zjiitelné třetími osobami. Takto se k místu hlavních zájmů podnikatelského subjektu vyjádřil Evropský soudní dvůr v rozhodnutí C-341/04 Eurofood IFSC Ltd.⁴ a v rozhodnutí C – 444/07 MG Probud Gdynia sp. z o. o.⁵ Bělohávek vymezuje místo hlavních zájmů podnikatelského subjektu místem, kde se odehrávají podnikatelské a jiné profesně ekonomické aktivity ve smyslu výdělečném, na rozdíl od místa obvyklého sídla, které je spjato s územím, k němuž konkrétní osoba vykazuje nejužší vztah.

³ Český překlad nařízení používá pojem mezinárodní příslušnost ve smyslu čl. 3 nařízení o úpadku 1346/2000, ačkoliv se jedná s ohledem na českou úpravu o pravomoc soudu.

⁴ Rozsudek Evropského soudního dvora C - 341/04 Eurofood IFSC Ltd ze dne 2. květen 2006 (dále jen "C-341/04 Eurofood").

⁵ Rozsudek Evropského soudního dvora C – 444/07 MG Probud Gdynia sp. z o. o. ze dne (dále jen "C - 444/07 MG Probud Gdynia").

V nařízení se vyskytuje několik problematických otázek, týkajících se místa hlavních zájmů dlužníka. Jednak by bylo žádoucí, aby byly do nařízení o úpadku 1346/2000 zařazena základní kritéria nebo demonstrativní výčet skutečností, které mohou vyvrátit domněnku zapsaného sídla. Domnívám se, že vhodnou inspirací pro kritéria je judikatura členských států, které často aplikují head office function test.⁶ Ze základních přístupů k řešení otázky, kde se nachází místo hlavních zájmů dlužníka lze zmínit tato kritéria:

- Mind of management – centrum dceřiné společnosti je určeno při koncernové insolvenční řízení nikoliv podle zapsaného sídla, ale podle místa, které se určí na základě head office function test, přičemž do úvahy je vzato místo, kde se uzavírají smlouvy, kde je podnikání provozováno a kde se vykonávají manažerské činnosti. Tak má společný koncernový zájem přednost před věřiteli koncernové dceřiné společnosti. Problém, který existuje, je, že toto místo nemusí být objektivně zjistitelné pro třetí strany.
- Provádění každodenních aktivit – zahrnuje místo dceřiné a koncernové společnosti tam, kde jsou uzavírány obchody s třetími subjekty, kde pracují zaměstnanci, kde se odehrává většina vztahů se zákazníky a kde jsou vedeny bankovní účty
- Efektivní sídlo správy zahrnuje místo, kde koncern vykonává finanční řízení koncernové skupiny, kde se uskutečňuje obchodní vedení koncernu a kde je vykonávána kontrola nad celým koncernem. Taktéž v tomto případě není místo efektivní správy objektivně zjistitelné pro třetí strany
- S ohledem na další kritéria zjištění hlavních zájmů dlužníka lze vzít do úvahy místo, kde se nachází majetek dlužníka, kde vykonávají zaměstnanci práci, kde je vedeno účetnictví a kde jsou plněny veřejnoprávní povinnosti jako placení daní, vykonávání kontroly

Nevýhodou nařízení o úpadku 1346/2000 je, že nedefinuje místo hlavních zájmů dlužníka pro koncernové společnosti ani se k němu blíže nevyjadřuje. V praxi je časté, že vedení koncernu a výkon podnikatelské činnosti je uskutečňován z jednoho místa, ačkoliv jednotlivé dceřiné společnosti sídlí v různých členských státech. Dále se domnívám, že je nutno stanovit přesná kritéria, za kterých by se uplatnila pravidla konsolidace, aby jeden soud a soudce rozhodoval o insolvenčním řízení celého koncernu nebo v případě

⁶ Na základě head office function testu je místo hlavních zájmů posuzováno na základě kritérií, kterými jsou: místa, kde dochází k běžnému řízení společnosti, kde mají příslušnost statutární orgány, které sídlo sdělovala společnost věřitelům, kde je prováděna personální politika, kde je vedeno účetnictví, kde se činí strategická rozhodnutí, kde se uzavírají smlouvy, kde jsou bankovní účty dlužníka.

majetkové propojenosti byla vytvořena souhrnná majetková podstata. Problémem řešení tohoto problému může být odlišná úprava insolvenčních řízení jednotlivých členských států a odlišné právní principy, a tak až při schvalování případné revize⁷ nařízení o úpadku 1346/2000 bude zřejmé, jakým směrem se úprava přeshraničních insolvencí v Evropské unii vydá.

Určení jednotného místa hlavních zájmů dlužníka v případě koncernů záleží taktéž na teoretickém přístupu, který se uplatňuje, je na jednotlivé právnické osoby v koncernu nahlíženo odděleně nebo zda jsou posuzovány společně. Evropský soudní dvůr se v rozhodnutí C-341/04 Eurofood přiklonil při vyložení pojmu místa hlavních zájmů dlužníka u koncernu ve prospěch odděleného posuzování a nenadřadil kritérium kontroly mateřské společnosti nad určení hlavních zájmů dlužníka v případě koncernu nad skutečností, které jsou objektivně zjistitelné třetími stranami. Domnívám se, že by kritérium kontroly mělo být použito, pokud míra integrace mateřské a dceřiné společnosti dosáhne jisté úrovně. Otázkou je jaká kritéria stanovit pro test integrace v rámci koncernové insolvence.

3.2 PŘÍSTUP SOUDNÍHO DVORA EVROPSKÉ UNIE

Otázku na určování místa hlavních zájmů dlužníka v případě koncernů částečně přineslo po několika letech praxe rozhodnutí Evropského soudního dvora C – 341/04 Eurofood. V případě rozhodnutí C - 341/04 Eurofood se italské a irské soudy přely, který z nich je oprávněn zahájit úpadkové řízení. Irský Nejvyšší soud předložil k Evropskému soudnímu dvoru několik předběžných otázek, mezi kterými Evropský soudní dvůr řešil i problematiku pozitivního konfliktu pravomocí v případě koncernové struktury.

Hlavní otázka se týkala problému, zda je k zahájení hlavního insolvenčního řízení oprávněn soud v sídle koncernové společnosti - italský soud v místě sídla společnosti Parmalat, nebo soud v sídle dceřiné společnosti - irský soud v sídle společnosti Eurofood.

Jak bylo uvedeno výše, rozhodující pro vyřešení dané otázky je odpověď, kde se nacházejí hlavní zájmy dlužníka a do jaké míry je ovlivňuje sídlo mateřské společnosti, která může dceřinou společnost fakticky řídit.

Evropský soudní dvůr uvedl několik argumentů, jak je možné výše zmíněnou domněnku vyvrátit. Evropský soudní dvůr se vyslovil, že hlavní zájmy této dceřiné společnosti jsou soustředěny v členském státě, kde se nachází její sídlo. To může být vyvráceno pouze tehdy, jestliže skutečností, jež jsou objektivní a zjistitelné třetími osobami, umožní prokázat existenci skutečné situace odlišné od té, kterou má odrážet umístění předmětného

⁷ Do 01. 06. 2012 by měla být připravena zpráva o uplatňování nařízení o úpadku 1346/2000 a případně návrh jeho změn.

sídla. Tak by tomu mohlo být zejména v případě společnosti, která by nevykonávala žádnou činnost na území členského státu, kde se nachází její sídlo. Vykonává-li naopak společnost svou činnost na území členského státu, kde se nachází její sídlo, pouhá skutečnost, že mateřská společnost se sídlem v jiném členském státě může kontrolovat nebo kontroluje její rozhodnutí v hospodářské oblasti, nestačí k vyvrácení domněnky stanovené nařízením.

Lze se domnívat, že Evropský soudní dvůr preferuje úpadkové řízení v místě založení společnosti za předpokladu, že zde tato společnost vykonává podnikatelskou činnost. Pokud se na daném území bude nacházet pouze zapsané sídlo, ale veškerá podnikatelská činnost se bude odehrávat ve skutečném sídle, které se nachází v jiném státě a toto skutečné sídlo bude objektivně zjistitelné třetími osobami, bude příslušný pro zahájení soud v místě skutečného sídla.

Vzhledem k rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci C - 341/04 Eurofood se lze domnívat, že jednotlivé společnosti v koncernové struktuře je třeba posuzovat jednotlivě. Toto Evropský soudní dvůr potvrdil i v rozhodnutí C – 444/07 MG Probud Gdynia sp. z o. o, kdy odkázal na rozhodnutí Eurofood. V současné době je před Evropským soudem Evropské unie předběžná otázka v řízení C – 396/09 Interedil,⁸ kde se italský soud dotazuje, zda může být domněnka hlavních zájmů dlužníka vyvrácena, pokud se podnikatelská činnost vykonává v jiném členském státě, než se nachází sídlo společnosti, a zda je nutné ověřit výkon podnikatelské činnosti v místě sídla, aby domněnka mohla být vyvrácena. Generální advokát J. Kokkot se ve svém stanovisku vyjádřil, že uzavření nájemních smluv a existence majetku nejsou schopny vyvrátit domněnku zapsaného sídla.

Problém rozhodování Evropského soudu Evropské unie spočívá, že jeho výklad je abstraktním výkladem, který by měl sjednotit judikaturu členských států a neměl by rozhodovat o konkrétních situacích, které by po změně okolností musel opětovně řešit jako předběžnou otázku. Taktéž je problémem formulace předběžné otázky soudem členského státu.

3.3 PŘÍSTUP SOUDŮ ČLENSKÝCH STÁTŮ

Na rozdíl od Evropského soudního dvora v rozhodnutí Eurofood uplatňují soudy některých členských států odlišné kritéria pro hodnocení hlavního místa zájmů dlužníka v případě koncernových struktur a často určují místo hlavních zájmů dlužníka dceřiné společnosti v místě hlavních zájmů

⁸ C – 396/09 Interedil Srl v likvidaci v. Fallimento Interedil Srl, Banca Intesa Gestione Crediti Spa (dále jen "C - 396/09 Interedil").

mateřské společnosti. Jedná se zejména italské⁹, německé¹⁰, maďarské¹¹ a francouzské soudy¹², které následovaly anglickou judikaturu. Tento přístup se prosadil i u českých soudů.

Ke koncernové struktuře a konfliktu pozitivních pravomocí mezinárodní příslušnosti se vyjadřovaly anglické soudy ve věci Daisytec.¹³ Tato koncernová struktura zahrnovala 14 společností, z čehož 10 společností sídlilo v Anglii, 3 společnosti v Německu a 1 společnost ve Francii a celá struktura byla pod kontrolou americké společnosti Daisytec Inc. Anglická dceřiná společnost Daisytek-ISA Ltd. zajišťovala celoevropské obchody, a to z více než 50%, a taktéž přeprodávala distributorům elektronické součástky a poskytovala služby pro další evropskou společnost, a to společnost ISA International plc. Tato společnost ISA International plc. zajišťovala pro koncernové společnosti hlavní řídicí činnosti. Soud vzal za prokázané, že místo hlavních zájmů dlužníka se nachází v Bradfordu a zahájil insolvenční řízení vůči všem společnostem. Posléze německé a francouzské soudy zahájily další insolvenční řízení vůči dceřiným společnostem, které se nacházely na jejich území, ačkoliv již bylo vedeno anglické insolvenční řízení.

Německé soudy se k otázce koncernů vyjadřovaly v rozhodnutí Hettlage AG & Co KG, Innsbruck.¹⁴ Rakouská dceřiná společnost se 13 prodejny se dostala do finančních problémů, poté co měla finanční problémy mateřská společnost sídlící v Německu. Německý soud se inspiroval rozhodnutím Daisytec, které bylo vydáno před rozhodnutím C - 341/04 Eurofood, a rozhodl, že místo hlavních zájmů rakouské společnosti se nachází v sídle mateřské společnosti, a to na základě následujících skutečností. Německá mateřská společnost určovala obchodní strategii, prováděla veškerou nákupní činnost pro pobočky rakouské dceřiné společnosti, a taktéž poskytovala dceřiné společnosti služby jako účetnictví, zajišťování fakturace, vedení informačního systému, uzavírání smluv,

⁹ Srov. Cecilia Carrara, The Parmalat Case, 70 RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALS PRIVATRECHT [F.R.G.] 538 (2006).

¹⁰ Srov. Okresní soud v Mnichově, 4, Května 2004,

http://ww9184.wb09.de/eirdatabase/admin/bilder_eir/123-1_EMTEC.pdf,

¹¹ Srov. Obchodní soud v Nanterre, 15. Února 2006

http://ww9184.wb09.de/eirdatabase/admin/bilder_eir/47-1_PARMALAT%20Hungary-Slovakia.pdf.

¹² Srov. Fejer, 14. červen 2004, http://ww9184.wb09.de/eirdatabase/admin/bilder_eir/123-1_EMTEC.pdf.

¹³ High Court of Justice, Chancery Division Leeds District Registry ze dne 16.5.2003, ve věci Daisytek-ISA Ltd., [2003] B.C.C. 562, (dále jen "Daisytec").

¹⁴ Rozhodnutí soudem v Mnichově ze dne 4.5.2004 komentováno: Moss, G., Case Comment, Daisytek Followed in new German Case. *Insol. Int.* 2004, 17(10), 141-142.

pojištění, reklamu, přičemž tyto činnosti byly obstarávány zaměstnanci mateřské společnosti. Takto bylo rozhodnuto, že v rámci tohoto koncernu Hettlage AG bude vedeno jediné insolvenční řízení u německého soudu v Mnichově.

Podobně anglické soudy aplikují svoji judikaturu a potvrdili rozhodnutí Daisytec. To se událo v rozhodnutí Crisscross Telecommunications, kdy mateřská společnost byla společníkem dceřiných společností po celé Evropské unie a Švýcarska. Anglické soudy rozhodly, že místo hlavních zájmů dlužníka jednotlivých dceřiných společností se nachází v Anglii. Rozhodující podmínkou pro rozhodnutí byly skutečnosti, že valné hromady se konaly převážně v Anglii, vedení společností, obchodní vedení a účetnictví a další funkce byly vykonávány zaměstnanci usídlenými v Anglii. Taktéž zákazníci obchodovali s anglickými zaměstnanci. V tomto směru anglické soudy pokračovaly v rozhodnutí MG Rover,¹⁵ kde anglický soud rozhodl, že místo hlavních zájmů dlužníka francouzské společnosti SAS Rover France se nachází v Anglii. Toto rozhodnutí bylo učiněno na základě skutečnosti, že každodenní činnosti, vedení společnosti, zaměstnanci, finance a marketing byl vykonáván v Anglii. Proti rozhodnutí se postavil francouzský obchodní soud v Nanterre a neuznal v Anglii zahájené insolvenční řízení, a to z důvodu narušení veřejného pořádku. Odvolací soud rozhodl, že ve Francii může být zahájeno pouze sekundární řízení, čímž budou chráněny zájmy francouzských zaměstnanců.

Koncernové insolvence, která dopadla neúspěšně a podnítila diskuzi o hmotné konsolidaci, byl případ KPNQwest. KPNQwest byl koncern společností vlastnicích kabelové sítě v Evropě, zejména v Belgii, Francii, Německu a Nizozemí. Problémem této koncernové insolvence byla situace, že tato telekomunikační skupina vlastnila optickou síť, přičemž jednotlivé sítě v jednotlivých členských zemích byly vlastněny dceřinými společnostmi. Jakmile se holandská holdingová společnost dostala do úpadku, musely dceřiné společnosti podat návrhy na zahájení insolvenčního řízení v zemích, kde měly zapsané sídlo. Následně žádná autorita neměla možnost koordinovat insolvenční řízení holdingu a věřitelé a společníci utrpěli ztráty.

Stanford International Bank¹⁶ byla součástí holdingové struktury Stanford, přičemž v celé této skupině bylo řešeno podvodné Ponziho schéma. Americká Komise pro cenné papíry podal insolvenční návrhy na dceřiné společnosti, a to společnosti Stanford International Bank, Stanford Group

¹⁵ MG Rover Espana SA and Other Subsidiaries [2005] EWHC 874 (Ch); [2005] BPIR 1162.

¹⁶ Stanford International Bank Ltd (in liquidation) [2010] EWCA Civ 137; [2010] WLR (D) 55

Company a Stanford Capital Management a následně byl těmto společností ustanoven insolvenční správce. Stanford International Bank měla zapsané sídlo na Antigui a Barbuda a taktéž státními orgány Antigua a Barbuda byl podán na Stanford International Bank insolvenční návrh a následně byl ustanoven insolvenční správce. Stanford International Bank se pokusila aplikovat nařízení o úpadku 1346/2000 a podala insolvenční návrh v Anglii. Soudce Lewison se vyslovil, že pravidla UNCITRAL mají spíše doporučující povahu a že se nejedná o úmluvu. Zde zastával odlišný názor od amerických soudů, které pravidla UNCITRAL na případ Stanford International Bank aplikovala. Anglický soudce se pro určení hlavního místa zájmů dlužníka inspiroval nařízením o úpadku 1346/2000, ale rovněž zdůraznil, že použití tohoto nařízení je vyloučeno, jelikož Stanford International Bank je finanční institucí. Anglický soud následně shrnul, že sídlo podvodného jednání bylo v USA, což ale nebylo rozpoznatelné třetími osobami, vedení taktéž sídlilo v USA, ale soudce toto sídlo vedení neshledal jako hlavní kritérium pro určení místa hlavních zájmů dlužníka. Dále se prokázalo, že hlavní podnikání a marketing byl prováděn v USA, kde sídlili i zaměstnanci. Majetek Stanford International Bank se nacházel zejména v USA, Anglii a ve Švýcarsku. Soudce Lewison při posuzování příslušnosti pokračoval v ustálené anglické judikatuře a aplikoval head office function test a řešil otázku, zda lze vyvrátit domněnku místa hlavních zájmů dlužníka. Soudce se vyslovil, že vyvrácení místa hlavních zájmů dlužníka je na navrhovateli a že navrhovatel toto neprokázal. Z těchto důvodů insolvenční návrh zamítl, přičemž se vyslovil, že místo hlavních zájmů Stanford International Bank se nachází v USA, kde taktéž sídlil koncern.

Anglické soudy pokračovali ve své ustálené praxi i v rozhodnutí Kaupthing,¹⁷ ve kterém bylo zdůrazněno rozhodnutí ve věci Stanford International Bank. Společnost Kaupthing byla SPV,¹⁸ které působilo vedle ostatních společností a bylo na vrcholu holdingové struktury. Kaupthing byl vytvořen jako specializovaný investiční fond, který byl spravován společností typu limited partnership a měl zapsané sídlo v Bailiwick of Guernsey in the Channel Islands. V insolvenčním řízení bylo prokázáno, že každodenní aktivity koncernu Kaupthing byly provozovány, a to včetně výkonných, správních a obchodních činností, v Londýně. Anglický soud v souladu s nařízením o úpadku 1346/2000 jmenoval insolvenčního správce. Následně věřitelé požadovali odvolání insolvenčního správce a zahájení insolvenčního řízení v Guernsey, jelikož se tam mělo podle jejich názoru nacházet místo hlavních zájmů dlužníka. Anglický soud rozhodl, že je jednoznačně zřejmé, že zapsané sídlo společnosti Kaupthing se nachází v

¹⁷ Kaupthing Capital Partners II Master LP Inc, Re Pillar Securitisation S.a.r.l v Spicer and Shinnars [2010] WHC 836 (Ch)

¹⁸ Special purpose vehicle - společnost, která je používána pro speciální funkce, zejména rizikové financování, zvláštní projekty, a to za účelem snížení rizika, a tak aby byl oddělen zbývající majetek koncernu.

Guernsey a všechny aktivity jsou prováděny v Londýně společně i s dalšími entitami koncernu Kaupthing, na které jsou delegovány manažerské, správní a investiční funkce, a taktéž je toto objektivně zjištělé pro třetí strany.

Procesní konsolidace ohledně koncernové struktury proběhla i v České republice ohledně holdingu Kordárna.¹⁹ Tento holding měl taktéž tři dceřiné společnosti na území Slovenské republiky, přičemž bylo Krajským soudem v Brně rozhodnuto, že místo hlavních zájmů dlužníka se nachází v České republice. V rámci úspěšného provedení reorganizace bylo nutné, aby insolvenční řízení vůči slovenským dceřiným společnostem bylo vedeno u českých soudů. Pokud by bylo s ohledem na nařízení o úpadku 1346/2000 vedeno sekundární řízení, mohla by ohledně slovenských společností proběhnout pouze likvidace. V jednotlivých návrzích ohledně společností Slovokord a.s., Slovenský hodváb, a.s., a KORDSERVICE SK, a.s. se v insolvenčním návrhu dlužník vyjádřil, že se faktické sídlo jednotlivých společností nachází na území České republiky a toto je zjištělé a je to známo i třetím osobám. Dlužník popsal holdingovou strukturu, která byla řízena z České republiky, v České republice byly uzavírány obchodní případy, konaly se zde taktéž valné hromady. Mateřské společnost Kordárna a.s. rozhodovala o strategických cílech, řídila cash-flow a poskytovala technickou podporu IT sítí a zajišťovala vedení účetnictví. Krajský soud v Brně rozhodl na základě judikatury členských států za použití head office function testu, že sídlo koncernu a sídlo slovenských dceřiných společností se nachází v České republice a zahájil insolvenční řízení i vůči slovenským dceřiným společnostem.

Tak s ohledem na judikaturu členských států lze vidět, že členské státy posuzují faktický stav koncernů a v případě koncernů často shledají místo hlavních zájmů dceřiných společností v sídlech mateřské společnosti.

4. NAVRHOVANÁ ÚPRAVA

S ohledem na vzniklé problémy a nutnost řešení otázky koncernové insolvence se objevilo několik návrhů, jak danou problematiku řešit. Tyto návrhy se stávají aktuálnější, jelikož do 01. 06. 2012 by měly být předloženy zprávy o uplatňování nařízení o úpadku 1346/2000 a případný návrh změn. Jedná se o návrh Pauluse,²⁰ který navrhuje, aby hlavní místo zájmu dlužníka v případě koncernu, který funguje jako hospodářská jednotka, bylo umístěno tam, kde jsou vykonávány řídicí funkce, a to za předpokladu, že toto místo je zjištělé třetími osobami. Dalším z návrhu je

¹⁹ Jedná se o rozhodnutí Krajského soudu v Brně ve věci Slovokord a.s. č.j. KsBR 39 INS 2464/2009-A-12, ve věci Slovenský hodváb a.s., č.j. KsBR 39 INS 2465/2009-A-12 a ve věci KORDSERVICE a.s., č.j. KsBR 39 INS 2466/2009-A-10.

²⁰ G., Paulus Ch.G., The European Insolvency Regulation – The Case for Urgent Reform. *Insolv. Int.* 2006, 19(1), str. 2.

návrh Mosse,²¹ který navrhuje za místo hlavních zájmů dlužníka místo, kde jsou vykonávány hlavní řídicí funkce a zároveň má být toto místo zjistitelné třetími osobami. Mám za to, že tento test řídicích funkcí může být problematický s ohledem na jeho definici a interpretaci.

Další návrh na možnou úpravu nařízení o úpadku 1346/2000 představil van Galen, přičemž podle jeho názoru by nařízení o úpadku 1346/2000 mělo obsahovat úpravu pro případ, kdy mateřská společnost a více dceřiných společností vstoupí do insolvence. Taktéž insolvenční správce by měl mít možnost koordinovaného postupu s prodejem majetku dotčených společností. V případě, že by insolvence koncernové skupiny byla řešena reorganizací, měla by existovat možnost vypracování skupinového reorganizačního plánu. Taktéž v případě hospodářské propojenosti společností v koncernu by měla být zavedena pravidla pro konsolidaci řízení. Problémem tohoto návrhu je zavedení mnoha pravidel do současného systému a případná značná nepřehlednost nové úpravy.

Jistým řešením pro koncernovou insolvenční by mohlo být i definování místa hlavních zájmů dlužníka pro koncern. Tato definice by mohla zavést procesní konsolidaci a řízení by byla vedena u jednoho soudu a s jedním insolvenčním správcem. V případě odděleného majetku v jiném členském státě by bylo vedeno sekundární řízení v jiném členském státě. Dále se lze domnívat, že toto pravidlo by se mělo uplatnit poté, co se prokáže vliv mateřské společnosti na společnost dceřinou. Taktéž se domnívám, že by insolvenční řízení koncernu mělo být vedeno u jednoho soudu v případě reorganizace a taktéž tehdy, pokud by to navrhl dlužník nebo věřitelé a vyslovilo s tímto návrhem souhlas určité kvorum věřitelů.

Další možnou úpravu navrhuje Wessels,²² a to zejména upravit office function test v nařízení o úpadku 1346/2000 s tím, že souhlasí s Paulussem a nahlížením na koncern z pohledu jedné ekonomické a hospodářské jednotky. Domnívám se, že by problematika neměla být řešena národními státy, ale měla být v pravomoci Soudního dvora Evropské Unie. Domnívá se z důvodu aplikovatelného práva, že v případě koncernů by místem hlavních zájmů dlužníka mělo být zapsané sídlo, a to s ohledem na status společnosti. Navrhuje změnit problematiku uznávání insolvenčního řízení a to tak, že státy budou povinny uznat insolvenční řízení i v případě, že je zahájeno jedno insolvenční řízení vůči skupině společností. Taktéž navrhuje povinné použití jazyků věřitelů v insolvenčním řízení, možnost spolupráce v případě mateřské a dceřiné společnosti a možnost spolupráce mezi soudy, národními insolvenčními správci na teritoriální bázi neboli založit insolvenční řízení na

²¹ Id., str. 2.

²² Wessels, B.: International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe - In Particular Against (Groups of) Companies, Institute for Law and Finance, Working Paper Series No. 17. s. 27.

teorii kooperativního teritorialismu.²³ K tomuto přístupu kooperativního teritorialismu se přiklonila i pracovní skupina UNCITRAL.²⁴

Poučným je zejména přístup francouzských soudů, které aplikují tzv. mozaikový přístup a pro určení místa hlavních zájmů dlužníka aplikují mnoho různých kritérií, a to zejména head office test, test řízení a test majetku.

Domnívám se, že vhodným řešením z hlediska de lege ferenda by bylo vhodné nařízení doplnit o pravidla určení hlavních zájmů dlužníka. Tato pravidla pro určení místa hlavních zájmů dlužníka by byla založena na head office function testu. Dále by bylo vhodné zavést definici koncernového místa hlavních zájmů dlužníka, a to alespoň pro případ koncernové insolvence, která by měla být řešena reorganizací. Lze se domnívat, že s ohledem na kladení důrazu na řešení úpadku reorganizací je vhodné podpořit i konsolidaci řízení v případě koncernu, aby byla reorganizace koncernu lépe proveditelná. Pro tento účel se domnívám, že v případě reorganizace je vhodné vedení jednoho univerzálního hlavního řízení, a to z důvodu, že insolvenční správce bude svou působnost vykonávat efektivněji, a taktéž je zde větší naděje pro provedení reorganizačního plánu a nebude zde soutěž právních řádů mezi mateřskou a dceřinou společností. Toto místo hlavních zájmů dlužníka by bylo určeno na základě head office function testu s podporou určení místa hlavních zájmů dlužníka v místě manažerského rozhodování (hlavní správy), ačkoliv zjištění hlavní správy může být těžko a objektivně zjistitelností pro třetí osoby. V případě likvidačního insolvenčního řízení koncernu se domnívám, že by bylo vhodné zavést pravidla na principu kooperativního teritorialismu.

5. ZÁVĚR:

Přeshraniční insolvenční řízení se dostávají do popředí s ohledem na rozsáhlejší mezinárodní spolupráci a vytváření koncernových struktur. Tyto koncernové struktury jsou tvořeny zejména za účelem fiskální konsolidace, snížení rizika právní odpovědnosti společníků a optimalizace řídicích funkcí. Problémem současné úpravy nařízení o úpadku 1346/2000 je pouze obecná úprava přeshraničních insolvencí, která nezahrnuje specifické aspekty přeshraničního insolvenčního řízení v případě koncernového dlužníka. Problém a potíže s řešením nastává v případě značného propojení jednotlivých společností tvořících koncern a nemožnost optimálního řešení

²³ Id. s. 35.

²⁴ Srov. Revidované principy UNCITRAL podle návrhu pracovní skupiny pro insolvenční právo.

úpadku, jelikož se na právnické osoby nahlíží jako na oddělené subjekty, ačkoliv to je v rozporu se skutečností. Příkladem takové neúspěšné insolvence je například insolvenční řízení v případě koncernu KPNQwest. S ohledem na současnou úpravu obsaženou v nařízení je v případě zahájení sekundárních insolvenčních řízení nemožné reorganizovat celý koncern, jelikož sekundární řízení mohou být pouze likvidačního charakteru.

Domnívám se, že nařízení o úpadku 1346/2000 by mělo být doplněno o obecná kritéria, na základě kterých by mělo být určeno místo hlavních zájmů dlužníka. Tato kritéria by vycházela z head office function testu a podpůrně z testu, kde se nachází hlavní správa a podpůrně z testu kontroly koncernu. Dále by mělo nařízení 1346/2000 obsahovat určení místa hlavních zájmů dlužníka v případě koncernu, a to alespoň pro případ, kdy bude úpadek koncernu řešen reorganizací. Dále si lze představit, že by toto koncernové místo hlavních zájmů dlužníka mohlo být aplikováno tehdy, pokud o to požádá dlužník nebo alespoň určité procento věřitelů.

S ohledem na negativní zkušenost a nemožnost optimálně řešit úpadek koncernu KPNQwest je nutné stanovit pravidla pro konsolidaci, a to alespoň procesní, aby přeshraniční insolvenční řízení týkající se koncernu bylo vedeno u jednoho soudu s jedním insolvenčním správcem, a v případě značné integrace koncernových společností, aby se na koncern nahlíželo jako na jednu ekonomickou jednotu a byla stanovena pravidla pro hmotnou konsolidaci a spojení majetkových podstat, a to alespoň pro ten případ, kdy insolvence bude řešena reorganizací. Pokud by byl úpadek řešen konkursem nebo jiným likvidačním způsobem, domnívám se, že vhodnější je aplikování přístupu založeného na kooperativním teritorialismu. Jako problém vidím možné zpomalení insolvenčního řízení a zvýšení nákladů na konkursní řízení.

Literature:

- Čihula, T. Určení mezinárodní příslušnosti v insolvenčním řízení s cizím prvkem. *Právní rozhledy*, 2006, č. 18
- Bělohávek, A. J.: *Evropské a mezinárodní insolvenční právo: komentář*, 1. vydání Praha: C. H. Beck, 2007, 1196 s. ISBN 978-80-7400-309-7.
- Carrara, C. The Parmalat Case, 70 *RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALS PRIVATRECHT* [F.R.G.] 538 (2006).
- van Galen, R.: The European Insolvency Regulation and Groups of Companies, [www.iiiglobal.org/country/european_union/Cork_paper.pdf]

- Kozák, J. a kolektiv: Insolvenční zákon a předpisy související. Nařízení Rady (ES) o úpadkovém řízení: komentář, 1. vydání Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, 903 s. ISBN 978-80-7357-375-1.
- Marschal, A. Changing COMI Prior to Insolvency is Fair Game! International Corporate Rescue Vol. 4 Issue 6, 2007. [www.chasecambria.com]
- Moss, G., Case Comment , Daisytek Followed in new German Case. *Insolv. Int.* 2004, 17(10), 141-142.
- Moss, G. Group Insolvency – Choice of Forum and Law: The European Experience under the Influence of English Pragmatism. INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE 2010. [www.tilj.org]
- Moss, G, Fletcher, I., Isaacs, S. The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and Annotated Guide. 2nd edition. Oxford University Press, 2009. 550 p, ISBN 01-99215-08-1.
- Paulus Ch.G. The European Insolvency Regulation – The Case for Urgent Reform. *Insolv. Int.* 2006, 19(1).
- Richter, T.: Rozsudek ve věci Eurofood: středisko hlavních zájmů insolvenční obchodní společnosti, *Jurisprudence*, 2006 s. 40-43. ISSN 1212-9909.
- Salač, J.: K některým otázkám evropského insolvenčního práva – nad rozhodnutím ESD ve věci Eurofood (Parmalat), *Právní rozhledy*, 2007, roč. 15, č. 6, s. 209-213, ISSN 1210-6410.
- Wessels, B.: International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe - In Particular Against (Groups of) Companies, Institute for Law and Finance, Working Paper Series No. 17. [www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_017.pdf]

Contact – email

moravec.thomas@seznam.cz

UNIFICATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN LATIN AMERICA

PETRA MRKVOVÁ

Faculty of law, Masaryk University, Czech republic

Abstract in original language

Příspěvek se zaměří na proces unifikace mezinárodního práva soukromého v Latinské Americe. Nejdříve bude stručně popsán historický vývoj unifikačních snah a zmíněny budou i nejdůležitější prameny a to: Smlouvy z Montevidea a Kodex Bustamante. Dále se budu věnovat modernímu vývoji sjednocování mezinárodního soukromého práva v rámci Organizace amerických států a Specializovaných meziamerických konferencí mezinárodního práva soukromého. Zejména budou analyzovány použité metody regulace a trendy, které unifikaci ovlivňují. Součástí příspěvků je i srovnání základních charakteristik unifikace v rámci evropského a latinskoamerického kontinentu.

Key words in original language

Mezinárodní právo soukromé a procesní, Latinská Amerika, Unifikace, Harmonizace, kolizní právo, Smlouvy z Montevidea, Kodex Bustamante, CIDIP, Specializovaná meziamerická konference mezinárodního práva soukromého, Mercosur, Organizace amerických států International private and procedural law, Latin America, Unification, Harmonization, Conflicts of laws, Code of Bustamante, CIDIP, Inter-American Specialized Conference on Private International Law, Mercosur, OAS

Abstract

The paper focuses on the process of the unification of private international law in Latin America. Firstly, briefly describes the historical development of unification efforts. Than focuses on the unification of private international law within the Organization of American States and Inter-american Specialized Conference on Private International Law. In particular, there are analyzed used methods of regulation and special latinoamerican aspects of unification. The paper also focuses on the comparison of the characteristics of unification within Europe and Latin America.

Key words

International private and procedural law, Latin America, Unification, Harmonization, Conflicts of laws, Code of Bustamante, CIDIP, Inter-American Specialized Conference on Private International Law, Mercosur, OAS

I. Vývoj latinskoamerické unifikace

Latinská Amerika se díky svému historickému vývoji stává prvním kontinentem, který se pokouší o unifikaci soukromého práva. Dědictví kolonialistického období a snaha o oproštění se z vlivu silných evropských impérií je hnacím motorem při spolupráci nově vzniklých států na americkém kontinentu. Již roku 1826 v Panamě se na popud osvoboditele Simóna Bolívara schází zástupci mladých jihoamerických států a projednávají myšlenku vytvoření latinskoamerického univerzálního zákoníku soukromého práva pro všechny zúčastněné státy.

Lima se roku 1877 stala prvním městem Latinské Ameriky, na jejíž půdě se projednávala možnost kodifikace mezinárodního práva soukromého (MPS). V průběhu peruánského kongresu se rozhodovalo mezi dvěma variantami unifikace. První z nich byla možnost unifikace soukromého práva formou přijetí chilského Občanského zákoníku (Codigo Civil) z roku 1855 všemi latinskoamerickými státy. Tento návrh měl své logické opodstatnění pro dřívější užití zákoníku jako modelu ve více zemích jihoamerického kontinentu. Druhá a nakonec i finální volba byla unifikace pomocí kolizní úpravy.

Výsledkem kongresu byla tzv. Smlouva z Limy (Tratado de Lima), která obsahovala normy mezinárodního práva soukromého upravující osobní statut, manželství, právní úkony, výkon i uznávání cizích rozhodnutí a v neposlední řadě také samostatnou část unifikující dědění. Hlavním rozporuplným tématem celého kongresu bylo určení hraničního určovatele pro osobní statut. Spor o použití domicilu nebo státní příslušnosti byl jednou z hlavních překážek unifikace. Během kongresu došlo k přiklonění se k řešení této otázky na základě státní příslušnosti jako hraničního určovatele a toto rozhodnutí mělo za následek odmítnutí přijetí smluv většinou států.

Následující Kongres v Montevideu roku 1988, nebo také Jihoamerický kongres, byl veden přesně v opačném duchu než setkání v Limě. Dochází v kolizní úpravě k aplikaci bydliště jako hraničního určovatele pro osobní statut. Závěrem jednání bylo sepsání osmi smluv (Tratados de Montevideo) a Protokolu o aplikaci cizího práva, které vstoupily v platnost mezi státy La Plata (Argentina, Uruguay, Paraguay), Bolivií a Peru. Smlouvy můžeme rozdělit do dvou skupin. Jedna skupina se zabývá mezinárodním kolizním právem na úseku občanského, obchodního a trestního práva a druhá oblastí autorského práva¹.

¹ Ke Smlouvě z Montevidea o autorských právech přistoupilo i několik evropských zemí, mezi nimi i Německo.

Na latinskoamerickou unifikaci mají Smlouvy z Montevidea podstatný vliv, vstupují v platnost jako první unifikační smlouvy MPS na světě². Na rozdíl od těch z Limy měly velký praktický dopad, některé z nich nebo jen některá jejich ustanovení, jsou platné až do současnosti. Hlavním přínosem Smluv z Montevidea bylo rozvíření zájmu o unifikaci MPS, a to i u států, které se na kongresu nepodílely.

Rok 1888 je významným datem pro americké národy. Zatímco na jihu dochází k uzavření Smluv z Montevidea, na severu kontinentu je - na základě iniciativy Spojených států amerických - vytvořeno nové fórum pro projednávání otázek MPS. Tím se stávají tzv. Panamerické konference (Las Conferencias Panamericanas).

Nejvýznamnější Panamerickou konferencí se stalo v řadě až šesté setkání konané během roku 1928 v kubánské Havaně. Prezidentem této konference byl významný kubánský profesor Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén³.

Přijetí Kodexu Bustamante neboli Kodexu mezinárodního práva soukromého je považováno za nejdůležitější počín Šesté panamerické konference. Jedná se o komplexní kolizní úpravu MPS. Jednotlivé části kodexu se věnují obecné části MPS, kolizním normám v oblasti práva občanského, rodinného, obchodního. Kodex také zahrnuje část nazvanou mezinárodní právo trestní a poslední část se věnuje mezinárodnímu právu procesnímu.

Kodex Bustamante obsahuje ve svém článku 7 řešení sporné otázky hraničního určovatele osobního statutu. Celkově byl Kodex Bustamante ratifikován patnácti státy Latinské Ameriky, z nichž pět zemí: Bolívie, Kostarika, Chile, Ekvádor a Salvador ratifikovaly dokument s výhradou. Rezerva spočívala v podmíněnosti aplikace Kodexu Bustamante jeho souladu s národní legislativou. Jinými slovy, bude-li národní legislativa v rozporu s Kodexem, aplikuje se národní úprava. Další čtyři země: Brazílie, Haiti, Dominikánská republika a Venezuela ratifikovaly Kodex s výhradami k jednotlivým článkům.

² GARRO, Alejandro . Armonización y Unificación de derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.. 1992, 86, s. 1-45. Dostupný také z WWW: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro5.html>>.

³ Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, narozen roku 1865 (-1951) v Havaně, člen Institut de Droit International, zakladatel Instituto Americano de Derecho Internacional a uznávaný odborník MPS je jediným autorem tohoto rozsáhlého a celosvětově uznávaného díla: Kodexu MPS.

Možnost rezerv a liberální článek 7, týkající se volby hraničního určovatele, silně omezil unifikační potenciál Kodexu⁴. I přes sporné body a výhrady učiněné státy je Kodex Bustamante představitelem ucelené kodifikace mezinárodního práva soukromého a ve většině latinskoamerických zemí je dosud platným pramenem práva.

V sedmdesátých letech dvacátého století dochází k významné změně metodologie unifikace a Latinská Amerika, stejně jako Evropa, přechází na systém postupné a sektorové unifikace MPS v rámci Specializovaných meziamerických konferencí mezinárodního práva soukromého pod záštitou Organizace amerických států.

Meziamerické konference mezinárodního práva soukromého (Las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado, CIDIP) se staly v posledních 40 letech hlavním mechanismem pro projednávání otázek mezinárodního práva soukromého na americkém kontinentu. Charta Organizace amerických států tuto konferenci definuje v článku 122 jako „Mezivládní setkání, jehož účelem je projednání speciálních technických otázek a rozvoj jednotlivých aspektů meziamerické kooperace.“

Nová politika unifikace spočívá ve vypracování a schválení smluv upravujících jednotlivé oblasti mezinárodního práva soukromého, jak kolizní, tak přímou metodou, a to s cílem progresivně, ale efektivněji dosáhnout jednotnosti MPS na celém americkém kontinentu. Nový přístup dle mého názoru i více vyhovuje skutečnosti, že v rámci západní hemisféry existují dva rozdílné právní systémy a umožňuje postupné provázání v oblastech soukromého práva, kde vládne konsenzus.

Do současné doby bylo sepsáno a vstoupilo v platnost dvacet jedna smluv, dva protokoly, jeden vzorový zákon a jeden jednotný dokument. Všechny dokumenty byly vypracované a schválené během sedmi konaných CIDIP. Dalším z jejich přínosů je větší zájem národních legislativ o řešení mezistátních kolizí soukromého práva.

Teprve až s platností prvních smluv, vzešlých z procesu CIDIP, se na americkém kontinentu objevuje možnost existence fenoménu konfliktu mezinárodních smluv. V předcházejícím období tomu zabraňovali především dva faktory. Prvním z nich byla existence jen několika málo smluv, které upravovaly obecné otázky a z nichž jednotlivé státy upřednostňovaly pouze jednu variantu. Druhým faktorem je skutečnost, že

⁴ GARRO, Alejandro. Armonización y Unificación de derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.. 1992, 86, s. 1-45. Dostupný také z WWW: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro5.html>>.

pouze Bolívie a Peru byly smluvními státy jak Kodexu Bustamante, tak Smluv z Montevidea⁵.

Situace se ale mění schválením smluv v rámci CIDIP, a to především ve vztahu k těmto dvěma globálním úpravám. Tzv. klauzule kompatibility, osvětlující vztah mezi právními úpravami, neexistuje u šesti z dvaceti jedna smluv. V tomto případě je třeba hledat řešení ve Vídeňské úmluvě z roku 1969 o smluvním právu.

Obecně tak smlouvy CIDIP pozvolna a postupně nahrazují stejnou problematiku obsaženou v normách Kodexu Bustamante a Smluv z Montevidea, nezmiňuje-li doložka kompatibility jiný režim a zároveň zůstávají starší a obecné úpravy stále v platnosti⁶.

II. Trendy latinskoamerické unifikace

Důležitým aspektem, který ovlivnil unifikaci v posledních letech je rozvoj integračních snah v rámci latinskoamerického regionu. Je nutné podotknout, že rozvoj unifikace MPS v Americe v mnohém předběhl integrační procesy. Prohlubující se ekonomická integrace klade vyšší nároky na unifikaci pravidel členských států a může se stát významným impulzem k dalšímu rozvoji MPS. Aby došlo k tomuto kroku, musely by státy přikročit k částečnému přenesení své svrchovanosti a některých pravomocí na nadnárodní úroveň. K tomuto kroku zatím nedošla žádná integrace, a jak se zdá, neexistuje ani taková politická vůle.

Nejaktivnější integrací na poli unifikace MPS je Mercosur. Odkaz na harmonizaci práva můžeme najít v článku 1 zakládací smlouvy z Asunciónu, který deklaruje „závazek členských států k harmonizaci příslušné legislativy, za účelem posílení procesu integrace“⁷. Pod pojem „příslušná legislativa“ tak můžeme zahrnout i oblast MPS.

Vztah MPS Mercosuru k CIDIP může být popsán dvěma charakteristikami. První z nich je respekt k meziamerickým úmluvám a principům v nich obsažených a druhým inovační přístup k unifikaci založený na faktu integrace.

Následkem regionalizace tedy dochází k rozšíření latinskoamerického systému MPS založeného na globálních kodifikacích pozměněných a doplněných úmluvami z CIDIP o další instrumenty.

⁵ Oba státy upřednostňovaly aplikaci Smluv z Montevidea.

⁶ FERNANDEZ A, Diego P. Derecho internacional privado interamericano: Evolución y perspectivas. México : Universidad Anáhuac del Sur / Miguel Porrúa, 2003. 152 s. ISBN 970-701-397-4. Str. 51

⁷ Článek 1 Smlouvy z Asunciónu

Názory publikované jako reakce na výsledky CIDIP VI z roku 2002 upozorňují na další změny v procesu unifikace na latinskoamerickém kontinentě v posledních letech. Dochází ke změně stylu, projevují se tendence, které můžeme nazvat jako „komercializace“, „privatizace“ a „změkčení“ MPS⁸.

Fenomén komercializace se projevuje především zaměřením na témata mezinárodního práva obchodního (jako demonstraci uvádím Meziamerickou úmluvu o mezinárodní arbitráži, Úmluvu o obchodních společnostech a také nikým neratifikovanou Úmluvu o dopravě). Motivace států k úpravě obchodních témat byla dána především plánováním ambiciózního amerického integračního projektu Americké zóny volného obchodu (Area de libre comercio de America, ALCA)⁹. I přes stále více nejistou realizaci tohoto projektu nemůžeme popřít pozitivní přínos jednotné právní úpravy na poli MPS, která bere v potaz různorodé zájmy jednotlivých zemí v rámci mezinárodního obchodu. Mním tím především různou ekonomickou vyspělost amerických zemí a jejich odlišný přístup k mezinárodnímu obchodu.

Druhá významná změna, kterou přináší CIDIP VI, je rozdílný styl právní úpravy. Zatímco předešlé smlouvy jsou tvořeny kolizními normami, předposlední z konferencí upřednostňuje vzorový zákon pro úpravu právních vztahů v rámci mezinárodního obchodu, mluvíme o tzv. „změkčení“ prostředků úpravy¹⁰. Tento nový způsob regulace ovlivňuje více oblast soukromého práva jednotlivých zemí než mezinárodního práva soukromého. Změna paradigmatu vychází z názoru, že tradiční forma unifikace je mnohými považována za příliš „tvrdou“ a omezuje flexibilitu nutnou pro úspěšné dosažení akceptace smluv státy.¹¹

⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. LA CIDIP VI: ¿CAMBIO DE PARADIGMA EN LA CODIFICACIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?*. OEA. 2002, 6, s. 1-29. Dostupný také z WWW: <http://www.oas.org/dil/esp/XXXVI_curso_la_cidip_VI_Paula_Maria_All.pdf>.

⁹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. LA CIDIP VI: ¿CAMBIO DE PARADIGMA EN LA CODIFICACIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?*. OEA. 2002, 6, s. 1-29. Dostupný také z WWW: <http://www.oas.org/dil/esp/XXXVI_curso_la_cidip_VI_Paula_Maria_All.pdf>. str. 20

¹⁰ Více k tématu: GONZÁLE MARTÍN, Nuria. Private International Law in Latin America : From hard to soft law. In Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Mexico : UNAM, 2011. s. 395-405. Dostupné z WWW: <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/art/art13.pdf>>.

¹¹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. LA CIDIP VI: ¿CAMBIO DE PARADIGMA EN LA CODIFICACIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?*. OEA. 2002, 6, s. 1-29. Dostupný také z WWW: <http://www.oas.org/dil/esp/XXXVI_curso_la_cidip_VI_Paula_Maria_All.pdf>. str. 24

Toto tvrzení můžeme demonstrovat na snižujícím se počtu ratifikací smluv CIDIP během předcházejících setkáních a na problematickém průběhu ratifikací v rámci národních parlamentů.

Používání techniky soft law znamená významnou změnu v charakteru unifikace CIDIP, na jednu stranu ji vzdaluje od metodologie používané v Haagu a na druhou přibližuje mezinárodním právním fóřům jako je UNCITRAL.

Poslední z fenoménů, tzv. „privatizace“, unifikačního procesu je důsledkem způsobu financování přípravných prací CIDIP¹². Na organizaci a financování seminářů a konferencí předcházející předposlední CIDIP se podílela skupina silných mezinárodních společností s působností na celém kontinentu. Z tohoto můžeme vyvodit zřejmý zájem soukromého sektoru na unifikaci MPS, který poskytuje ekonomickou podporu v oblasti, ve které většina latinskoamerických států omezuje své rozpočty. Problematika financování přípravných prací států soukromým sektorem je velmi komplikovaná a není záměrem této práce hodnotit její případné důsledky.

III. Budoucnost americké unifikace

Budoucnost CIDIP vidím především ve využívání harmonizačních schopností soft law. Použití této metody, která umožňuje flexibilnější přístup států, by mohlo pomoci překonat snižující se počet ratifikací mezinárodních smluv. Navíc je tato metoda kompatibilní s tradičnější unifikací pomocí mezinárodních smluv.

Americký kontinent byl průkopníkem unifikace MPS a tento trend by měl pokračovat konstruktivním dialogem s univerzálními a regionálními fóry, mezi nimiž neexistuje pro dobro věci hierarchický vztah ani neslučitelnost členství. Věřím, že díky globalizačním vlivům převládne již nastartovaný trend větší kooperace. Navíc rostoucí význam latinskoamerických států v mezinárodním obchodu a ekonomický potenciál těchto zemí je hlavním hnacím motorem k další unifikaci.

Posledním z trendů, který, jak věřím, bude převládat v následujících letech, je rozvoj MPS v rámci subregionálních uskupení, které mají pro unifikaci MPS velký potenciál, motivovaný, tak jako v Evropě, vytvořením ekonomických integrací.

¹² Tamtéž, str. 23

Literature:

- GARRO, Al.: Armonización y Unificación de derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.. 1992, 86 s., Dostupný také z WWW: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro5.html>>.
- FERNANDEZ A, Diego P. Derecho internacional privado interamericano: Evolución y perspectivas. México : Universidad Anáhuac del Sur / Miguel Porrúa, 2003. 152 s. ISBN 970-701-397-4. Str. 51
- FERNÁNDEZ A, Diego P., et al. Derecho Internacional privado de los estados del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay. Buenos Aires : ZAVALIA, 2003. 1437 s. ISBN 950-572-626-0.
- FERNÁNDEZ A, Diego P. LA CIDIP VI: ¿CAMBIO DE PARADIGMA EN LA CODIFICACIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?. OEA. 2002, 6, s. 1-29. Dostupný také z WWW: <http://www.oas.org/dil/esp/XXXVI_curso_la_cidip_VI_Paula_Maria_All.pdf>.
- GONZÁLE MARTÍN, Nuria. Private International Law in Latin America : From hard to soft law. In Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Mexico : UNAM, 2011. s. 395-405. Dostupné z WWW: <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/art/art13.pdf>>.

Contact – email

petra.mrkvova@gmail.com

REZOLUCE RADY BEZPEČNOSTI OSN Č. 1267(1999) A NÁSLEDUJÍCÍ ANEB SVÉHLAVÝ BOJ OSN PROTI MEZINÁRODNÍMU TERORISMU

LUCIE NECHVÁ TALOVÁ

Právnická fakulta, Masaryk University, Czech Republic (Department of
International and European Law)

Abstract in original language

Předložený článek je zaměřen na problematiku rezolucí Rady bezpečnosti OSN přijatých na základě kapitoly VII Charty OSN v souvislosti s mezinárodním terorismem. Konkrétně se pak zabývá rezolucí 1267 (1999) a následujícími a jejich následky, které mohou být viděny mimo jiné v rozsudku Kadi proti Evropské komisi a Radě EU nebo v případě Nada proti Švýcarsku, který je v této době projednáván před Evropským soudem pro lidská práva.

Key words in original language

Rezoluce č. 1267, Rada bezpečnosti OSN, Kapitola VII, Charta OSN, právo na spravedlivý proces, mezinárodní mír a bezpečnost, mezinárodní terorismus

Abstract

The submitted contribution is focused on the issue of resolutions of the United Nations Security Council adopted pursuant to Chapter VII of the UN Charter in context of international terrorisms. In particular it is dealing with resolution 1267 (1999) and following and the consequences that are reflected inter alia in the judgment Kadi v. European Commission and Council EU or in the case Nada v. Switzerland nowadays holding before European Court of Human Rights.

Key words

Resolution 1267(1999), United Nations Security Council, Chapter VII, UN Charter, right to a fair trial, international peace and security, international terrorism

1. RADA BEZPEČNOSTI OSN

Rada bezpečnosti OSN (dále i "RB") byla zřízena Chartou Organizace spojených národů (dále jen "Charta")¹ jako jeden z hlavních orgánů Organizace spojených národů (dále jen "OSN"). Jejím úkolem je udržení mezinárodního míru a bezpečnosti, přičemž má tohoto úkolu dosahovat v souladu s cíli a zásadami OSN.² V situaci, kdy RB shledá, že došlo k ohrožení či porušení mezinárodního míru a bezpečnosti, musí následně rozhodnout o přijetí takových opatření na základě kapitoly VII Charty, která budou mít za následek udržení nebo obnovení mezinárodního míru a bezpečnosti³, obecně má tedy donutit stát, aby jednal v souladu s normami mezinárodního práva.⁴ Opatření, kterých může RB využít, mohou být vojenské⁵ či nevojenské povahy. Je zcela logické, že v duchu jedné z hlavních zásad soudobého mezinárodního práva veřejného - nepoužití násilí -⁶ se má prvně využít nevojenských opatření, mezi něž řadíme i tzv. inteligentní sankce. Jak konkrétně tyto sankce vypadají, a jaké mohou mít následky, bude rozebráno v předkládaném příspěvku.

2. REZOLUCE RB Č. 1267 (1999) A NÁSLEDUJÍCÍ

2.1 VÝCHOZÍ SITUACE

Za situace neojedinělých teroristických útoků, ke kterým se přihlásila teroristická síť Al-Kajda (v čele s Usamou bin Ládinem)⁷, a za situace, kdy členům tohoto teroristického uskupení poskytovalo afghánské hnutí Taliban mimo jiné úkryt a prostor pro výcvik na jím ovládaném území Afghánistánu, přijala RB rezoluci č. 1267, která dané jednání Talibanu odsuzuje (resp. kvalifikuje) jako mezinárodní terorismus, který je považován za ohrožení mezinárodního míru a bezpečnosti. Rezoluce, přijata na základě kapitoly VII Charty, zavázala všechny státy k provedení v ní uvedených opatření. Jako tato tzv. sankční opatření označila zmrazení majetku a zákaz povolení přistání či vzletu či přeletu letadel. Subjekty, na které měly být sankce uvaleny (jejich provedením ve vnitrostátním právu

¹ Konkrétně čl. 7 Charty OSN.

² Čl. 24 odst. 1 a 2 Charty OSN.

³ Čl 39 Charty OSN.

⁴ Malenovský, J: Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému, Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 363.

⁵ Vojenská opatření zůstanou stranou zájmu autorky, protože se nevztahují přímo k předmětu článku.

⁶ Potočný, M, Ondřej, J: Mezinárodní právo veřejné - Zvláštní část, Praha: C. H. Beck, 2006, s. 2.

⁷ V rezoluci č. 1267 jsou přímo zmiňovány teroristické bombové útoky na Velvyslanectví USA v Keni (Nairobi) a Tanzánii (Dar es Salaamu).

jednotlivých členských států OSN), byly jednak jednotlivci - teroristé, entity - teroristické skupiny a hnutí a také tzv. spojenci Talibanu. Takto označené osoby a entity jsou zapisovány do tzv. *konsolidovaného seznamu* (angl. *Consolidated List*)⁸, který byl svěřen do správy Výboru pro sankce, speciálně vytvořeného zmiňovanou rezolucí (dále i jako "Výbor").

2.2 VÝBOR PRO SANKCE

V literatuře nalezneme Výbor pro sankce založený rezolucí č. 1267 pod označením "*Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee*" nebo také "*1267 Sanctions Committee*". Jeho úkolem, jak již bylo zmíněno, je správa konsolidovaného seznamu, zápis, příp. výmaz jmen subjektů na konsolidovaném seznamu po té, co se na nich Výbor usnese⁹, a dále pak kontrola provádění, výkonu sankčních opatření jednotlivými státy.

Výbor je složen ze všech členů Rady bezpečnosti. V čele stojí *předseda*, dále jsou zde *dva místopředsedové* (představováni dvěmi státními delegacemi) a *sekretariát*, který zajišťuje administrativní činnost Výboru. Nemělo by být opomenuto, že Výbor je vytvořen jako tzv. pomocný orgán RB¹⁰, který jí má informovat o své činnosti a zjištěních a doporučeních, které se týkají důvodu jeho zřízení.¹¹

2.3 NÁSLEDUJÍCÍ SOUVISEJÍCÍ REZOLUCE

Co se týče následujícího vývoje po přijetí rezoluce č. 1267, bylo přijato mnoho rezolucí¹², které více či méně modifikovaly původní rezoluci č. 1267. Za podstatné změny lze považovat jednak to, že byl rozšířen okruh subjektů, na něž dopadají sankční opatření, a to konkrétně na jednotlivce, entity a spojence *sítě Al-Kajda a na Usamu bin Ládina*. Dále lze zmínit, že bylo zavedeno nové opatření a byla zpřesněna ta původní, přičemž konkrétně se to týkalo zavedení opatření ve formě *zákazu obchodu se zbraněmi a zákazu cestování přes území států či vstupu na něj*. Nelze ani opomenout fakt, že rezoluce se snažily reagovat na napadání

⁸ Elektornicky dostupný: The Consolidated List established and maintained by the 1267 Committee with respect to Al-Qaida, Usama bin Laden, and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them. The Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee [online]. Změněno 16. 5. 2011 [citováno 25. 5. 2011]. Dostupné z: <http://www.un.org/sc/committees/1267/consolidatedlist.htm>.

⁹ Procedura je podrobně popsána v pokynech Výboru, kterými se řídí jeho jednání anglicky nazvané "*Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work*" (dále jen "Pokyny").

¹⁰ Čl. 26 Charty OSN: "Rada bezpečnosti může zřídit pomocné orgány, které považuje za nutné k výkonu svých funkcí."

¹¹ Odst. 6 rezoluce č. 1267 (1999).

¹² 1333 (2000), 1363 (2001), 1373 (2001), 1390 (2002), 1452 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1566 (2004), 1617 (2005), 1624 (2005), 1699 (2006), 1730 (2006), 1735 (2006), 1822 (2008) and 1904 (2009).

konsolidovaného seznamu samotnými subjekty, které si stěžovaly na postup při zápisu i výmazu, resp. na nemožnost se efektivně právně bránit proti zápisu a efektivně se hájit v případě podání žádosti o výmaz. Tato problematika nebyla řešena soudy pouze na národní úrovni, ale v několika případech se jí zabýval i Soudní dvůr Evropské unie¹³. V této době se má k otázce uvalených sankčních opatření vyjádřit i Evropský soud pro lidská práva.

3. PROCEDURA ZÁPISU A VÝMAZU

3.1 ZÁPIS ("LISTING")

Zápisem na konsolidovaný seznam se jednotlivci či entita dostávají do pozice *subjektů*, vůči nimž státy uplatňují sankce stanovené rezolucí č. 1267 a následujícími. Proces, jakým se jednotlivci či entity dostávají na konsolidovaný seznam, je popsán v rezolucích, a podrobněji je pak procedura popsána v Pokynech.

Běžným postupem je, že jakýkoliv členský stát OSN navrhne jméno jednotlivce či entity, která splňuje podmínky rezolucí a má být proto zapsána na konsolidovaný seznam. Je na uvážení státu, koho navrhne k zapsání, přičemž není potřeba doložit ani obžalobu či usvědčení z teroristických činů, protože tento zápis má mít preventivní povahu. Jediné, co je potřeba předložit, je co *nejdetailnější popis případu*, na základě kterého se stát domnívá, že by mělo být jméno přidáno na seznam, a také by stát měl označit pasáže, které je možno představit "zapisovanému" a které je možno zveřejnit jako tzv. *Shrnutí důvodů k zápisu* na webových stránkách Výboru.¹⁴ V rámci písemného rozhodovacího procesu předseda (prostřednictvím sekretariátu) rozešle mezi členy Výboru návrh na zápis jména, přičemž každý stát, který má jakékoliv doplňující informace, by je měl poskytnout ostatním členům a také tzv. Monitorovací tým¹⁵ by měl poskytnout k návrhu své vyjádření. Pokud po rozeslání daného zápisu žádný stát neprojeví námitku proti zápisu, jméno je zapsáno na konsolidovaný seznam (i se Shrnutím důvodů k zápisu). Následně je zapsanému dáno na vědomí, že byl zapsán a všechny členské státy OSN jsou povinny vůči tomuto subjektu uplatňovat předmětná sankční opatření.

¹³ Rozsudek Tribunálu ze dne 30. září 2010, Kadi proti Evropské komisi, T-85/09; Rozsudek Tribunálu ze dne 29. září 2010 ve spojené věci Al-Faqih proti Radě, T-135/06; Sanabel Relief Agency Ltd proti Radě, T-136/06; Abdrabbah proti Radě, T-137/06; Nasuf proti Radě, T-138/06.

¹⁴ Narrative Summaries Of Reasons For Listing. The Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee [online]. Vytvořeno 3. 1. 2007 [citováno 25. 5. 2011]. Dostupné z: <http://www.un.org/sc/committees/1267/narrative.shtml>.

¹⁵ Monitorovací tým je skupina expertů, speciálně vytvořena za účelem shromažďovat informace o situaci v Afghánistánu a situaci, týkající se teroristů (ať už jednotlivců či entit) z hnutí Taliban, sítě Al-Kajda a jejích spojenců.

3.2 VÝMAZ ("DELISTING")

Pokud zapsaný jednotlivec či entita se zápisem nesouhlasí, má možnost podat návrh na výmaz *přes svůj stát pobytu či stát, jehož je občanem* k Výboru. V návrhu musí být vysvětleno, proč již navrhovatel nesplňuje podmínky pro zápis. V souvislosti s procesem dochází ke spolupráci státu, který jednotlivce či entitu nechal zapsat na konsolidovaný seznam se státem pobytu, příp. i státem, jehož je zapsaný státním občanem. A opět v rámci písemného rozhodovacího procesu je možno rozhodnout o výmazu. Pokud jakýkoliv stát podá námitky k výmazu, zůstává jméno na konsolidovaném seznamu a opatření vůči němu platí dále. Taková *námítka by měla být odůvodněná*. Dříve bylo umožněno jednotlivcům a entitám, aby přes speciálně vytvořené kontaktní místo zasílali své návrhy na výmaz osobně, aniž by museli zapojit jakýkoliv stát. Tento styčný bod pak předával žádosti Výboru. Kontaktní místo však bylo zrušeno a nahrazenou institucí ombudsmana.¹⁶

3.3 OMBUDSMAN¹⁷

Ombudsman jako *nezávislá a nestranná instituce*, na kterou se mohou obracet přímo jednotlivci či entity se svými žádostmi o výmaz, byla vytvořena v závislosti na neúspěch procedury zápisu a výmazu před národními soudy, ale i např. Soudním dvorem EU. Co soudům nejvíce vadilo, byl fakt, že zapsaným osobám a entitám *nebyl poskytnut efektivní (soudní) prostředek ochrany*.¹⁸

Ombudsman má při přezkumu žádosti o výmaz postupovat dle přílohy II rezoluce 1904. Pokud při svém šetření (při kterém jsou mu dle přílohy povinni poskytovat součinnost všechny tam uvedené subjekty) dojde k závěru, že daný jednotlivec či entita (již) nesplňují podmínky pro zápis, má Výboru navrhnout, aby jméno z konsolidovaného seznamu vymazal. Stanoviska ombudsmana ale *nejdou* pro Výbor *závazná*.

¹⁶ Odst. 20 rezoluce č. 1904 (2009).

¹⁷ V této době je ombudsmankou kanadská soudkyně Kimberly Prost, která byla soudkyní i Mezinárodního trestního tribunálu pro bývalou Jugoslávii.

¹⁸ Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu Spojeného království zmiňovaného v Eleventh report of the Analytical Support and Sanctions Implementation Monitoring Team established pursuant to Security Council resolution 1526 (2004) and extended by resolution 1904 (2009) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities. The Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee [online]. Zveřejněno 13. 4. 2011 [citováno 25. 5. 2011]. Dostupné z: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2011/245.

4. PROBLEMATIKA PŘED EVROPSKÝMI SOUDY

4.1 NADA PROTI ŠVÝCARSKU

Případ, který se týká rezoluce č. 1267 a následujících, resp. problematiky konsolidovaného seznamu, zápisu a výmazu a sankčních opatření v rezolucích uvedených, se v nedávné době objevil i před Evropským soudem pro lidská práva. Konkrétně je to případ *Nada proti Švýcarsku* (stíž. č. 10593/08), ve kterém proběhlo zatím pouze ústní jednání o přípustnosti stížnosti před Velkým senátem¹⁹. V daném případě byl pan Y. Nada obyvatelem malé italské enklávy ve Švýcarsku. Protože byl Výborem zapsán na konsolidovaný seznam, bylo mu zakázáno cestovat a byly mu zmrazeny finanční prostředky. Z důvodu, že švýcarské vyšetřování (které mělo být také příčinou jeho zapsání seznam) proti panu Nadovi bylo zastaveno, vidí pan Nada v dalším postupu (pokračujícím provádění sankcí) Švýcarska *porušení čl. 5 (1)* Evropské úmluvy (tedy osobní svobody), dále *čl. 8* (tedy práva na soukromý a rodinný život) a konečně *čl. 13* (tedy práva na účinný prostředek ochrany práv vyplývajícím z čl. 5 a 8). Protože se zatím jedná o přijatelnosti stížnosti, lze jen spekulovat, zda např. ESLP uzná, že povinnosti plynoucí z Charty převažují nad těmi z Evropské úmluvy (viz čl. 103 Charty OSN), či zda ochrana lidských práv má přednost před jakýmikoliv jinými závazky.

4.2 KADI PROTI EVROPSKÉ KOMISI

Dále bych chtěla zmínit sérii rozsudků ve věci *Kadi proti Evropské komisi a Radě EU*, která se také týká rezoluce č. 1267 a následujících, resp. *nařízení č. 881/2002*²⁰, které dané rezoluce provádí.

Na počátku všeho byl pan Kadi zapsán do konsolidovaného seznamu. Tento konsolidovaný seznam a jeho aktualizaci provádí na úrovni EU Evropská

¹⁹ Senát ESLP, který měl původně projednat přípustnost stížnosti, se vzdal své pravomoci ve prospěch Velkého senátu ve smyslu čl. 30 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen "Evropská úmluva"). Ustanovení tohoto článku mj. říká, že: "*Pokud případ projednávaný senátem vyvolává závažnou otázku týkající se výkladu Úmluvy nebo Protokolů k ní...může se senát v kterémkoliv okamžiku před vynesením rozsudku vzdát pravomoci ve prospěch Velkého senátu, pokud proti tomu ani jedna strana případu nic nenamítá.*"

²⁰ Nařízení Rady (ES) č. 881/2002 ze dne 27. května 2002 o zavedení některých zvláštních omezujících opatření namířených proti některým osobám a subjektům spojeným s Usámou bin Ládinem, sítí Al-Kajdá a Talibanem a o zrušení nařízení Rady (ES) č. 467/2001, kterým se zakazuje vývoz určitého zboží a služeb do Afghánistánu, zesiluje zákaz letů a rozšiřuje zmrazení prostředků a jiných finančních zdrojů afghánského Talibanu. V odst. 4 preambule je uveden tento důvod vydání: "*... je nutné zejména s cílem vyhnout se narušení hospodářské soutěže, aby rozhodnutí Rady bezpečnosti byla provedena odpovídajícími právními předpisy Společenství, pokud jde o území Společenství.*"

komise tak, že mění a doplňuje přílohu výše zmiňovaného nařízení, kde jsou právě jména subjektů, na něž mají být uvalena sankční opatření, uvedena.

Pan Kadi se však obrátil na Soud prvního stupně (dále jen „SPS“)²¹ se žalobou směřující ke zrušení nařízení č. 881/2002 v rozsahu, v němž se toto nařízení dotýkalo jeho osoby, přičemž namítal porušení jeho práva být vyslechnut, jeho práva na účinnou soudní ochranu a nepřiměřený zásah do jeho vlastnického práva.²² SPS dne 21. 9. 2005 žalobu zamítl, přičemž uvedl, že určující je, že „předmětné nařízení má provádět rezoluci přijatou RB na základě kapitoly VII Charty, která neponechává v tomto ohledu žádný prostor pro uvážení, a proto nemůže být u daného nařízení proveden soudní přezkum jeho vnitřní legality, s výjimkou přezkumu jeho slučitelnosti s normami *ius cogens*, a těší se tedy s uvedenou výhradou soudní imunitě.“²³ SPS dále připustil, že RB sice nepovažovala za účelné umožnit zapsanému jednotlivci, jehož základní lidská práva jsou dotčena, přístup k nezávislému a nestrannému orgánu, ale tato mezera není dle SPS sama o sobě v rozporu s kogentními normami. Dané tvrzení SPS se však nesetkalo se souhlasem u teoretiků, kteří podrobili nemožnost přezkoumat takové rozhodnutí RB kritice.²⁴

Na základě kasačního opravného prostředku podaného panem Kadi se věc dostala k Soudnímu dvoru²⁵, který rozhodnutí SPS zrušil, stejně jako nařízení č. 881/2002 v žalobcem požadovaném rozsahu. Jako důvod uvedl především to, že soudy Evropské unie musí zajišťovat *v zásadě úplný přezkum legality veškerých aktů Unie z hlediska základních práv*, která jsou součástí obecných zásad práva Unie, a to včetně takových specifických aktů jako je nařízení 881/2002.²⁶ Dále potvrdil, že postupem orgánů EU bylo porušeno žalobcovo právo na obhajobu, a to zvláště být vyslechnut, protože Rada neuvědomila žalobce o skutečnostech svědčících v jeho neprospěch (o něž se opírají sankční opatření), ani mu neumožnila se s těmito skutečnostmi seznámit v přiměřené lhůtě po zavedení opatření, a tudíž k nim nemohla dotčená osoba účelně zaujmout stanovisko.²⁷ Také dle názoru Soudního dvora bylo porušeno žalobcovo právo na účinnou soudní ochranu, protože nemohl za uspokojivých podmínek chránit svá práva před

²¹ Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 21. září 2005, Kadi v. Rada a Komise, T-315/01.

²² Rozsudek Tribunálu ze dne 30. září 2010, Kadi proti Evropské komisi, T-85/09, § 37.

²³ Rozsudek Tribunálu ze dne 30. září 2010, Kadi proti Evropské komisi, T-85/09, § 38.

²⁴ MALENOVSKÝ, J. Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému. 5., podst. upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 396.

²⁵ Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. září 2008 ve spojené věci Kadi proti Radě a Komisi, C-402/05 P a Al Barakaat International Foundation proti Radě a Komisi, C-415/05 P.

²⁶ Rozsudek Tribunálu ze dne 30. září 2010, Kadi proti Evropské komisi, T-85/09, § 42.

²⁷ Rozsudek Tribunálu ze dne 30. září 2010, Kadi proti Evropské komisi, T-85/09, § 44.

soudem Unie. A za poslední uvedl, že vzhledem k obecnému rozsahu a skutečné době trvání omezení žalobcova vlastnického práva, zakládá uložení zmiňovaných opatření neodůvodněné porušení jeho práva na vlastnictví.²⁸

I přes rozsudek Soudního dvora, po konzultaci situace s Výborem a po komunikaci s panem Kadim, vydala dne 28. listopadu 2008 Evropská komise nařízení č. 1190/2008, kterým se po sto první mění nařízení č. 881/2002, a kterým opětovně přidala pana Kadiho do příslušného seznamu subjektů, na něž dopadají sankční opatření. Proto se pan Kadi znovu obrátil na Tribunál se žalobou, ve které žádal zrušení daného nařízení Komise v rozsahu, v němž se ho tento akt dotýkal. Tribunál se v zásadě zcela ztotožnil s argumentací Soudního dvora a mj. uzavřel, že pan Kadi opět neměl žádné záruky k tomu, aby mohl vylicit skutečný stav věci, když mělo být zasaženo do jeho vlastnického práva, což bylo neodůvodněným omezením vzhledem k obecnému rozsahu daného sankčního opatření a jeho délce, a výtky pana Kadiho o neproporcionalitě zásahu byly shledány za důvodné. Tribunál tak svým rozsudkem ze dne 30. 9. 2010 nařízení Komise v rozsahu, v němž se týkalo žalobce, zrušil.

5. ZÁVĚR

Na základě předchozích odstavců lze shrnout, že není pochyb o tom, že OSN, resp. RB se opravdu snaží nejen přijatými rezolucemi (které mají reflektovat výtky některých soudů, států a lidskoprávních organizací), ale i vytvořením a činností jejího pomocného orgánu, Výboru, vypořádat se složitou problematikou mezinárodního terorismu, konkrétně pak s teroristy z Al-Kajdy a Talibanu, a těmi, kteří je podporují a jsou s nimi spojeni. Co je však také možno spatřovat ve výše uvedené analýze, je, že účel v tomto případě nesvětí prostředky, jak bylo demonstrováno i na rozsudku ve věci Kadi, a že ve světě práva, ať už vnitrostátního či na úrovni EU, nelze omezovat práva jednotlivců či entit, aniž by jim byl dán efektivní prostředek pro přezkoumání takového omezení nezávislým a nestranným orgánem.

Autorka tohoto článku pochybuje (a její pochyby podporuje i vyjádření Nejvyššího soudu Spojeného království), že vytvoření instituce ombudsmana, i když jako nezávislého a nestranného orgánu, který ale vydává nezávazná rozhodnutí, by mohlo být bráno soudy jako onen efektivní prostředek ochrany základních práv jednotlivců a entit. Tudíž je velmi pravděpodobné, že osoby a entity, jimž bude zasaženo rozhodnutím státu či organizací typu EU, které "pouze" provádí rezoluci č. 1267 a následující, do jejich základních práv, budou dále úspěšné se svými žalobami u soudů, a to jak vnitrostátních, tak i mezinárodních.

²⁸ Rozsudek Tribunálu ze dne 30. září 2010, Kadi proti Evropské komisi, T-85/09, § 45 a 46.

Literatura:

- Malenovský, J: Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému, Brno: Masarykova univerzita, 2008, 551 s., ISBN 978-80-210-4474-6
- Potočný, M, Ondřej, J: Mezinárodní právo veřejné - Zvláštní část, Praha: C. H. Beck, 2006, 533 s., ISBN 80-7179-536-4

Právní dokumenty:

- Charta OSN
- Rezoluce RB OSN č. 1267 (1999)
- Rezoluce RB OSN č. 1333 (2000), 1363 (2001), 1373 (2001), 1390 (2002), 1452 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1566 (2004), 1617 (2005), 1624 (2005), 1699 (2006), 1730 (2006), 1735 (2006), 1822 (2008) a 1904 (2009)
- Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work
- Nařízení Rady (ES) č. 881/2002 ze dne 27. května 2002 o zavedení některých zvláštních omezujících opatření namířených proti některým osobám a subjektům spojeným s Usámou bin Ládinem, sítí Al-Kajdá a Talibanem a o zrušení nařízení Rady (ES) č. 467/2001, kterým se zakazuje vývoz určitého zboží a služeb do Afghánistánu, zesiluje zákaz letů a rozšiřuje zmrazení prostředků a jiných finančních zdrojů afghánského Talibanu.

Rozhodnutí soudů:

- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 21. září 2005, Kadi v. Rada a Komise, T-315/01
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. září 2008 ve spojené věci Kadi proti Radě a Komisi, C-402/05 P a Al Barakaat International Foundation proti Radě a Komisi, C-415/05 P

- Rozsudek Tribunálu ze dne 30. září 2010, Kadi proti Evropské komisi, T-85/09

Elektronické zdroje

- The Consolidated List established and maintained by the 1267 Committee with respect to Al-Qaida, Usama bin Laden, and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them. The Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee [online]. Změněno 16. 5. 2011 [citováno 25. 5. 2011]. Dostupné z: <http://www.un.org/sc/committees/1267/consolidatedlist.htm>
- Narrative Summaries Of Reasons For Listing. The Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee [online]. Vytvořeno 3. 1. 2007 [citováno 25. 5. 2011]. Dostupné z: <http://www.un.org/sc/committees/1267/narrative.shtml>
- Eleventh report of the Analytical Support and Sanctions Implementation Monitoring Team established pursuant to Security Council resolution 1526 (2004) and extended by resolution 1904 (2009) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities. The Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee [online]. Zveřejněno 13. 4. 2011 [citováno 25. 5. 2011]. Dostupné z: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2011/245

Contact – email

lucienechvatalova@centrum.cz

ROLE OBYČEJE V SYSTÉMU MEZINÁRODNÍHO PRÁVA VEŘEJNÉHO

JAROSLAV NEKUDA

Masaryk University in Brno

ABSTRACT IN ORIGINAL LANGUAGE

Obyčejové právo jako jeden z pramenů obecného mezinárodního práva veřejného v prostředí globalizovaného světa působí, že ustupuje do pozadí pozornosti. Současný systém mezinárodního práva převážně stojí na právu psaném, které je považováno za nejživotascopnější a nejperspektivnější soudobý pramen. Cílem tohoto článku je sumarizovat podstatu obyčejového práva a nabídnout některé moderní teoretické koncepce tohoto pramene.

KEY WORDS IN ORIGINAL LANGUAGE

mezinárodní obyčej, mezinárodní právo veřejné, právní princip, mezinárodní smlouva, kodifikace, OSN, opinio juris, usus longaevus, okamžitý obyčej

ABSTRACT

International custom as one of the sources of general international public law seems to be shading away in the legal system of the global international community environment. The contemporary legal system looks as it predominantly depends on *lex scripta* which is being considered the most viable source of legal norms. The aim of this paper is to briefly examine the nature of customary international law, and to provide some modern theories on customs which could bring this source of law again to the highlights of international legal stage.

KEY WORDS

CIL, customary international law, legal principle, codification, treaty, UN, opinio juris, usus longaevus, instant custom

1. ÚVOD

Tento článek si neklade za cíl detailní analýzu existence a působení mezinárodního obyčejového práva v rámci systému mezinárodního práva veřejného, neboť taková materie nejen že přesahuje rozsahové možnosti článku, ale i průměrně obsáhlých monografií. Článek spíše nabízí základní východiska týkající se mezinárodního obyčeje a některé teorie a koncepce, s nimiž se při studiu tohoto pramene práva člověk může setkat.

Mezinárodní obyčej je právním pramenem zejména obecného mezinárodního práva veřejného a až do počátku 20. století byl dominantním pramenem upravujícím chování států. Během 20. století však v rámci touhy

po progresivním vývoji mezinárodního práva dochází k rapidnímu rozvoji smluvního práva jako práva psaného. Tímto dochází k jistému odklonu od tradičního právního pramene a tento se pomalu dostává mimo hledáček právních teoretiků i praktiků.

V tomto příspěvku se budu snažit uvést několik poznámek týkajících se moderních teorií mezinárodního obyčeje, dále souvislosti mezi jimi a dalšími právními prameny a na jejich příkladě ukázat, že mezinárodní obyčej může zažít chvíli obrody a obnovení jeho chápání jako podstatné součásti mezinárodněprávního systému. To nejen jako samotný pramen obecného mezinárodního práva, ale také jako prostředek vzniku závaznosti norem, které touto závazností nedisponují.

2. KONSTITUTIVNÍ PRVKY MEZINÁRODNÍHO OBYČEJE

2.1 CONSUETUDO

Materiálním či objektivním konstitutivním prvkem obyčejové normy je určitou dobu trvající praxe dodržovaná státy, tedy chování v souladu s obsahem takové normy. Tato praxe je v literatuře označována za tzv. *consuetudo*, resp. *usus longaevus*. Tato praxe by měla být dlouhodobá a co nejvíce uniformní. Na základě ustanovení Statutu Mezinárodního soudního dvora a jeho čl. 38 je stanoveno, že právním pramenem je "obyčej, jakožto důkaz existence obecné praxe přijímané za právo". Ve Statutu je definice obyčeje formulována poněkud zvláště, nicméně zřejmě šlo o zdůraznění důležitosti praxe jako základní složky obyčejové normy.¹

K délce této praxe se však Mezinárodní soudní dvůr vyjádřil obsáhle v rozsudku týkajícího se vymezení hranic kontinentálního šelfu mezi Nizozemím, Dánskem a SRN, tzv. *North Sea Continental Shelf cases*. V něm bylo řečeno: "Nezbytným předpokladem musí být, že během časového úseku, i když úseku krátkého, praxe států ... musí být široká a zásadně uniformní ... a musí dokazovat obecné uznání toho, že je projevem právního pravidla či povinnosti."² Tímto výrokem a právním názorem však dochází k určitému změkčení požadavku na délku všeobecné praxe jako konstitutivního prvku mezinárodního obyčeje, a to i přes jeho obecné a poněkud vágní vyjádření.

2.2 OPINIO JURIS A JEHO INTENZITA

Subjektivní složkou mezinárodního obyčeje je *opinio juris*, tj. přesvědčení států, že norma chování je normou závaznou, tedy normou právní, a že

¹ JENNINGS Robert, WATTS Arthur: *Oppenheim's International law*. Oxford, ninth edition, Oxford University Press, 2008, p. 26. ISBN 9780582302457

² *North Sea Continental Shelf Judgement (F.R.G. v. Denmark, F.R.G. v. Netherlands)*, 1969 I.C.J. 3, ¶ 74 (Feb. 20)

odklonění se od pravidla touto normou předepsaného s sebou nese či může nést uvalení sankce.³ Jde o určitý psychologický aspekt. Existence subjektivní složky obyčeje vyplývá z jazykové interpretace ustanovení článku 38 odst. 2. Statutu mezinárodního soudního dvora, který v anglickém znění stanoví, že obecná praxe musí být "accepted as law."⁴ Právě druhá část sousloví obsahuje nutnost *opinio juris*. Za předpokladu nesplnění tohoto požadavku (tj. daná praxe není státy do velké míry považována za chování se dle právní normy) je nutno pochybovat o tom, zda pravidlo chování je mezinárodním obyčejem.

V rámci starší tradiční nauky mezinárodního práva veřejného jde o složku méně podstatnou a jaksi doplňkovou. Při zkoumání, zda došlo k porušení obyčejové normy, byla na prvním místě zkoumána existující praxe mezi adresáty této normy. V moderních koncepcích mezinárodního obyčejového práva však *element opinio juris* stále více nabývá na důležitosti⁵.

Dle knihy Oppenheim's International Law je obyčej jasná a trvající praxe jednání, přičemž tento obyčej vznikl v důsledku dlouhodobého přesvědčení, že toto jednání je dle mezinárodního práva správné, vyžadované a závazné. Zvyklost je na druhou stranu dlouhodobá praxe, která s sebou toto přesvědčení nenese.⁶ A právě v tomto aspektu je *opinio juris* a míra jeho intenzity nesmírně důležitou součástí obyčeje.

Problematickým se může jevit proces, na jehož základě zjišťujeme intenzitu *opinio juris*. Jedním ze způsobů je analýza chování a výroků představitelů států na půdě OSN, stejně jako jejich hlasování v různých situacích. Například v průběhu vytváření návrhů smluv či rezolucí státy ať již výslovně či implicitně dávají najevo svoje přesvědčení o tom, jestli pravidla v těchto dokumentech obsažených, považují za závazná.⁷

³ VILLIGER Mark E.: Customary International Law and Treaties, Dordrecht, first edition, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 26, ISBN 9024729807

⁴ Viz Status Mezinárodního soudního dvora, čl. 38: "Dvůr, jehož úkolem je rozhodovat podle mezinárodního práva spory, které jsou mu předloženy, aplikuje a) mezinárodní úmluvy, ať obecné či partikulární, stanovící pravidla výslovně uznaná státy ve sporu; b) mezinárodní obyčej, jakožto důkaz obecné praxe uznávané za právo; c) obecné zásady právní uznávané civilizovanými národy; d) s výhradou ustanovení článku 59 soudní rozhodnutí a učení nej kvalifikovanějších znalců veřejného práva různých národů jakožto podpůrný prostředek k určování právních pravidel.

⁵ Zejména v souvislosti s rozhodnutími MSD v případech North Sea Continental Shelf z r. 1969, kde se k otázce obyčeje rozsáhle vyjadřuje a nyní slouží jako jeden ze základních východisek současné nauky, na nichž se zakládají teorie zmíněné v tomto článku.

⁶ JENNINGS Robert, WATTS Arthur: Oppenheim's International law. Oxford, ninth edition, Oxford University Press, 2008, p. 27. ISBN 9780582302457

⁷ VILLIGER Mark E.: Customary International Law and Treaties, Dordrecht, first edition, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 28, ISBN 9024729807

2.3 SLIDING SCALE THEORY

Pro určení, zda pravidlo je pramenem práva ve formě mezinárodního obyčeje, je třeba zkoumat míru splnění požadavků obou konstitutivních složek obyčeje. Ideální stav nastává, pokud je norma dlouhodobě dodržována všemi členy mezinárodního společenství a zároveň žádný z nich nepochybuje o tom, že jde o normu závaznou. Je jasné, že tento případ je stavem ideálním a ve své krystalické formě trochu připomíná koncepci "ideálního plynu" v podání teorie fyziky. Normy obyčejového práva naplňují požadavek uniformní praxe a přesvědčení o jejich právní závaznosti vždy jen do určité míry. Intenzita a poměrné naplnění obou složek slouží jako východisko k chápání normy chování za součást právního pramene.⁸

Je diskutabilní, zda dlouhodobá praxe dodržovaná členy mezinárodního společenství může existovat, aniž by souběžně s jeho dodržováním docházelo k intenzifikaci přesvědčení o tom, že pravidlo, na jehož základě funguje praxe, je právně závazné. Taková situace však je možná a snad i pochopitelná. Státy se mohou daným způsobem chovat dlouhodobě, jelikož toto chování považují za správné, ale nepředpokládají, že odklonění se od této praxe zakládá porušení mezinárodního práva.

V pojetí této teorie čím silněji se projevuje jedna složka, tím nižší požadavek je kladen na intenzitu druhé složky. Tedy čím dlouhodobější a jednodušší praxe států existuje, tím méně nutné je dokazovat jejich přesvědčení o tom, že vzorec chování je obsažen v právní normě. Čím je jednoznačnější a výslovnější chápání pravidla za právní normu, tím méně nezbytné je dokazovat existující odpovídající praxi.⁹

Tento přístup je však terčem kritiky, protože ne zcela naplňuje doktrinální požadavky tradiční nauky mezinárodního práva.¹⁰

3. POSTAVENÍ OBYČEJE V SYSTÉMU MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

3.1 POMĚR OBYČEJE A MEZINÁRODNÍ SMLOUVY

Systém mezinárodního práva je v dnešní době zejména systémem konsenzuálních norem stanovených v psaných dohodách mezi členy mezinárodního společenství. V těchto smlouvách jsou stanoveny práva a povinnosti všech jejích stran.

⁸ PETERSEN Niels: Customary Law Without Custom? American University International Law Review, 2008, Volume 23, no. 2, p. 283

⁹ Ibid, p. 283

¹⁰ Ibid, p. 284

V případě smluv jde o stanovení práv a povinností mezi smluvními stranami. Otázkou je, jak jsou upraveny práva a povinnosti, o nichž smlouva mezi jednotlivými stranami mlčí, a které právní normy upravují vztahy týkající se stejného předmětu mezi státy, které nejsou smluvními stranami, nebo mezi státy nesmluvními a smluvními.

Aby nedošlo k případnému smluvnímu vyvázání se z obyčejových pravidel pořívajících statutu *ius cogens*,¹¹ musí obyčejové a smluvní normy působit vedle sebe a vzájemně si nevylučovat svou platnost.

V případě, že obyčejové normy a normy obsažené ve smlouvách upravují tytéž otázky rozdílně a dojde ke konfliktu mezi těmito pravidly, jedním z možných řešení je aplikace *maxima lex posterior derogat legi priori*.¹² Nedojde tedy k automatické aplikaci smluvní normy, ale strany se mohou řídit i pravidlem obyčejovým, které vzniklo později. Pokud pro danou věc není podstatné časové vymezení vzniku normy (resp. je neurčité), a jedno z pravidel upravuje stejnou otázku specifitěji, je možné užít *maxima lex specialias derogat legi generali*.¹³

Na základě výše uvedeného je tedy v pořádku dojít k názoru, že ve většině případů smluvní ustanovení bude normou *lex specialis* a normy obyčejového práva normami *lex generalis*. Z tohoto důvodu také obsah obyčejového práva vyplňuje právní mezery dané smlouvy mezi signatářskými státy. V případě, že jednou ze stran, mezi kterými zjišťujeme aplikovatelné právní pravidlo, není signatářský stát, nemůže být sporu o přímé aplikaci práva obyčejového.¹⁴

Zvláštním případem jsou tzv. kodifikace. Jde o multilaterální úmluvu kodifikující doposud existující obyčejové právo týkající se určité oblasti. Typickým příkladem je Vídeňská úmluva o smluvním právu z roku 1969. Tato úmluva poměrně vyčerpávajícím způsobem definuje pravidla týkající se většiny aspektů mezinárodních smluv (uzavírání, výhrady, platnost, dodržování aj.)¹⁵ Mimo jiné také ve své preambuli stanoví, že otázky touto úmluvou neupravené se budou řídit mezinárodním obyčejovým právem a tímto implicitně stanovuje, že obyčejové právo je *lex generalis*.

¹¹ Právní norma ať již původu obyčejového či smluvního, od které není možné se odchýlit, viz. JENNINGS Robert, WATTS Arthur: *Oppenheim's International law - Volume 1 - Peace*. Oxford, ninth edition, Oxford University Press, 2008, p. 7. ISBN 9780582302457

¹² VILLIGER Mark E.: *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 36, ISBN 9024729807

¹³ *Ibid*, p. 36

¹⁴ THIRLWAY H. W. A.: *International customary law and codification*. Leiden: A. W. Sijthoff, 1972, p. 103, ISBN 9024729807

¹⁵ Vídeňská úmluva o smluvním právu, 1969

Kodifikace či jiné smlouvy (ať již bilaterální nebo multilaterální), které obsahují psané vyjádření obyčejových norem, tyto pravidla však petrifikují k určitému datu, a tak je činí do budoucna obsoletními. Prof. Baxter tvrdí, že kodifikace "vyfotografuje" existující stav právních norem a nadále tak znemožní jejich vývoj, neboť se strany do budoucna zavazují užívat smluvních norem.¹⁶

Důsledkem výše zmíněného je ten stav, kdy kodifikace, byť byly původně zamýšleny jako nástroj progresivního vývoje mezinárodního práva, tento vývoj paradoxně spíše podvazují.

Pokud se však podíváme do již zmíněné Vídeňské úmluvy a jejího článku 38, zjistíme, že je zde dána možnost, aby mezinárodní smlouva či kodifikace přímo napomáhala vytvoření mezinárodního obyčeje.¹⁷ Státy se chovají na základě normy *lex scripta*, vytváří se dlouhodobá praxe smluvních států, roste *opinio juris communis* a tato norma se postupně opětovně přetavuje v normu obyčejového práva.

Nakonec se sluší zmínit i takovou možnost, kdy v se důsledku podstatné změny okolností smluvní norma stává neúčinnou, případně škodlivou. Obyčejové právo existující souběžně s takovou smluvní normou může modifikovat smluvní ustanovení, a tedy zapříčinit odklon smluvních stran od obsoletního smluvního pravidla.¹⁸

3.2 DISTINKCE MEZI OBYČEJEM A PRÁVNÍM PRINCIPEM

Obyčej jako nepsaný pramen práva je těžké charakterizovat pomocí zobecnění, zda jde o pravidla či principy. Statut Mezinárodního soudního dvora považuje za pramen práva také obecné právní principy uznávané civilizovanými národy¹⁹. Na základě této dikce tedy můžeme dojít k poznání, že principy a obyčeje jsou různými kategoriemi právních pramenů a obyčej je tedy pouhým pravidlem chování. Toto rozlišení by však bylo příliš černobílé.

K definici právního principu můžeme sáhnout po argumentu strukturálním Ronalda Dworkina. Dle něj jsou platnými právními principy imperativy chování, které nemají dostatečnou institucionální podporu (zakotvení v

¹⁶ VILLIGER Mark E.: *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 293, ISBN 9024729807

¹⁷ Čl. 38 Vídeňské úmluvy o smluvním právu: "Žádné ustanovení ... nebrání tomu, aby se jakékoliv ustanovení této úmluvy stalo závazným pro třetí stát jako obyčejové pravidlo mezinárodního práva, uznané za takové pravidlo."

¹⁸ VILLIGER Mark E.: *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 294, ISBN 9024729807

¹⁹ Viz Statut Mezinárodního soudního dvora, čl. 38

psaném právu), ale protože jsou součástí morálky, platí v důsledku svého obsahu.²⁰ Pokud tuto argumentaci rozšíříme na obyčejové právo, nedocházíme k zásadnímu rozdílu mezi ním a právními principy. Obyčej je nepsaný (tj. nemá dostatečnou institucionální podporu) a také do velké míry platí v důsledku svého obsahu. Resp. samotný jeho obsah je důvodem jeho považování za materiálně závaznou normu (naplnění maxima "opinio juris"), což ji jako závaznou obyčejovou normu zároveň konstituuje z hlediska formálního.

K zásadnímu rozporu mezi obyčejovým pravidlem a principem docházíme až za použití argumentace Roberta Alexyho. Dle něj v případě konfliktu dvou různých pravidel platí pouze jedno z nich a to z důvodu derogace použitím maxima *lex specialis derogat legi generali* či *lex posterior derogat legi priori*. V případě konfliktu dvou právních principů nedochází k jejich vzájemné derogaci, ale pouze k aplikaci jednoho z nich na základě testu *proportionalit*y.²¹ Platí tedy stále oba principy, pouze jeden z nich se však projev

Vezmeme ale v potaz klasický právní princip "*pacta sunt servanda*". Je nábíledni, že tento princip je jednak uznáván civilizovanými národy, ale zároveň je také dlouhodobě v prostředí mezinárodního prostředí dodržován, splňuje tedy dosažení požadavku *consuetudo*. Vzhledem k tomu, že tento imperativ je považován státy za právně závazný, naplňuje i požadavek *opinio juris*. Za těchto splněných předpokladů musíme dojít k názoru, že některé principy jsou zároveň i zobrazeny v obyčejovém právu a naopak, hranice mezi nimi působí rozmazaně a můžeme říci, že spolu tvoří množinu nepsaných imperativů regulujících chování států ve vzájemné symbióze.

3.3 FENOMÉN SOFT LAW VE VZTAHU K OBYČEJI

V poslední době se v systému mezinárodního práva objevuje tzv. fenomén *soft law*. Jde o takové normy, které nedosahují dostatečné míry závaznosti vůči svým adresátům, a tak je z doktrinnálního hlediska diskutabilní jejich samotné označení za právo. Tyto normy zcela nebo zčásti nesplňují jeden z definičních prvků, které dle některých právních teoretiků musí norma splňovat, aby mohla být považována za normu právní, tj. normativnost²². Druhou stranou mince jsou však názory některých teoretiků, kteří nerozdělují normy striktně na normy právní a ty zbylé. Tito spíše chápají normy za právní regulativy o různé míře normativnosti.²³ Pro nejednotnost

²⁰ HOLLÄNDER Pavel: *Filosofie práva*. Plzeň, 1. vydání, Aleš Čeněk, 2006, p. 144, ISBN 8086898962

²¹ *Ibid*, p. 146

²² *Ibid*, p. 106

²³ SHELTON Dinah: *Soft law*. Oxon, first edition, Routledge, 2011, p. 71. ISBN 9780415610520

teoretických náhledů na tento jev však pro účely tohoto článku stačí říct, že fenomén soft law budeme považovat za určitý právní jev.

Jde o takový právní instrument, jehož různé formy jsou vytvářeny např. v rámci činnosti mezinárodních organizací formou rezolucí, směrnic a doporučení stanovujících určitá pravidla chování. Mimo jiné jde o mezinárodní dohody, politická prohlášení aj. V nich obsažená pravidla jsou vytvářena za účelem dosažení vyšší míry kooperace při dosahování společných cílů v rozličných oblastech²⁴.

Dle Statutu Mezinárodního soudního dvora²⁵ není soft law považováno za právní pramen aplikovatelný při rozhodování právních sporů (chybí v taxativním výčtu)²⁶. Z určitého úhlu pohledu tato skutečnost může být původcem skeptického náhledu na soft law, ovšem na stranu druhou je třeba si uvědomit, že Statut MSD není "mezinárodní Ústavou" a práva a povinnosti mohou subjektům plynout i z jiných právních pramenů, a to i takových, které Statut nijak výslovně nezmiňuje.

Vzhledem k tomu, že obsah norem soft law není přímo závazný, a tedy ani vynutitelný, může se nabízet otázka, do jaké míry má význam tyto normy vytvářet. Soft law zejména ve formě různých doporučení a směrnic mezinárodních organizací je včleňováno do systému vnitrostátního práva členů těchto mezinárodních organizací a jejich obsah tedy krystalizuje do čiré právní podoby tímto způsobem a dále nabývá závaznosti²⁷. V prostředí mezinárodního práva ke vzniku jejich závaznosti stačí, aby státy dobrovolně následovaly povinnosti stanovených v normách soft law.

Práva a povinnosti plynoucí z norem soft law se trvající praxí jejich adresátů postupně přetavují v mezinárodní obyčej (postupné naplňování maxima consuetudo a současně i opinio juris) a v této formě mohou nabývat přímé závaznosti. Nehledě na to, že v případě řešení takového sporu před MSD následně mohou být soudem aplikována.

Samotné soft law podobně jako mezinárodní kodifikační smlouvy může shrnovat a psanou formou vyjádřit a precizovat obsah již existujícího obyčejového pravidla²⁸. Toto právní pravidlo pak neplatí v důsledku svého písemného vyjádření formou soft law, ale v důsledku své existence v obyčejové podobě.

²⁴ SHELTON Dinah: *Soft law*. Oxon, first edition, Routledge, 2011, p. 68. ISBN 9780415610520

²⁵ Viz Statut Mezinárodního soudního dvora, čl. 38

²⁶ JENNINGS Robert, WATTS Arthur: *Oppenheim's International law - Volume 1 - Peace*. Oxford, ninth edition, Oxford University Press, 2008, p. 45-49. ISBN 9780582302457

²⁷ SHELTON Dinah: *Soft law*. Oxon: Routledge, 2011, p. 75-77. ISBN 9780415610520

²⁸ Ibid, p. 72

4. OKAMŽITÝ OBYČEJ (INSTANT CUSTOM)

Zajímavá teorie se váže k tzv. okamžitému obyčeji, a to v souvislosti s přijetím rezolucí Valného shromáždění OSN č. 1721 A a č. 1962, týkajících se mírového využívání kosmického prostoru. Tyto rezoluce sice nejsou formálně právně závazné, nicméně obě hlavní mocnosti (SSSR a USA) se ve vztahu k těmto rezolucím postavily tak, že je za právně závazné považují, a to zejména z toho důvodu, že byly na půdě Valného shromáždění přijaty jednohlasně, a tedy vyjadřují existenci *opinio juris* států týkající se jimi upravených otázek²⁹. V tomto případě nejde tedy ve vztahu k vytvoření *opinio juris* o formu, ve které jsou pravidla přijata, ale o samotný obsah těchto pravidel.

Podle teorie okamžitého obyčeje neexistuje nic, co by zakazovalo přijetí deklarace či rezoluce jako formu "zpozitivnění" státům nového společného *opinio juris* ve vztahu k určitému pravidlu³⁰. Tato pravidla mohou vznikat během krátké doby a stejně tak se během krátké doby měnit. Výslovné a široké vyjádření souhlasu s nově vzniklým pravidlem znamená, že existuje silné přesvědčení členů mezinárodního společenství o tom, že pravidlo má být závazné a že je žádoucí se chovat dle jeho dispozice.

Statut MSD ve svém čl. 38 odst. 2. formuluje v českém překladu definici mezinárodního obyčeje jako: "zvyklost jakožto důkaz obecné praxe přijímané za právo". Tato definice je však trochu podivná a může být interpretována i tak, že tato praxe je pouhým důkazem o tom, že zde existuje závazné pravidlo. Praxe pouze existenci pravidla potvrzuje a není tak konstitutivním prvkem obyčeje, ale spíše prvkem deklaratorním³¹. Podstatnou složkou zůstává tedy pouze *opinio juris*, jehož intenzita je kritériem pro rozlišení obyčejových, tj. právně závazných norem, a norem právně nezávazných.

Jak již však bylo výše zmíněno, Mezinárodní soudní dvůr se k obecné praxi států vyjádřil v případech *North Sea Continental Shelf*. Požadavek na délku praxe byl v rozsudku změkčen, ale nebyl vypuštěn, a tedy jako takový zůstává konstitutivním prvkem mezinárodního obyčeje³². Rozsudek byl však vydán v roce 1969, a tak je diskutabilní míra jeho aktuálnosti v rychle se měnícím prostředí mezinárodního společenství.

²⁹ CHENG Bin: *United Nations resolutions on Outer Space: "Instant" International customary law*. London: Stevens & Sons, 1982, p. 239, ISBN 042046350X

³⁰ Ibid, s. 252

³¹ Ibid, s. 260

³² GUZMAN Andrew: *Saving Customary International Law*. Michigan Journal of International law, 2005, Volume 27, no. 1, p. 158

V zásadě je možno tuto teorii brát jako extrémní chápání rapidního vzniku obyčejové závazné normy na základě vytvoření soft law (viz podkapitola 3.3), neboť samotná teorie se opírá o rezoluci Valného shromáždění, která naplňuje znaky soft law. Rozdílem je rychlost její transformace do obyčejové závazné normy v souvislosti s pojmáním praxe mezinárodního společenství (consuetudo) jako konstitutivním či deklaratorním prvkem mezinárodního obyčeje.

5. ZÁVĚR

V tomto příspěvku jsem se snažil nastínit právně teoretickou konstrukci mezinárodního obyčeje a jeho koexistenci s dalšími právními prameny, tvořící systém mezinárodního práva veřejného a zmínit moderní doktríny.

Přesun centra pozornosti od objektivní složky obyčeje k opinii juris dodává mezinárodnímu obyčeji novou naději, že bude v očích právních teoretiků i praktiků resuscitován. Zejména v korelaci se soft law, které v posledních letech nabývá na frekvenci. Stejně tak je obyčej schopen rychleji a flexibilněji reagovat na změny. Mezinárodní společenství v důsledku technologického pokroku a v důsledku působení nových výzev jako je ochrana globálního životního prostředí, potřebuje právní pramen, který nezastarává, který se přizpůsobuje okolnímu prostředí a jehož tvorba netrvá desetiletí tak, jak je tomu v případě mezinárodních úmluv. Mezinárodní úmluvy často také po dlouhých politických debatách a dlouhých letech příprav končí v kompromisním a nedostačujícím znění.

Materie mezinárodního obyčeje neplývá technickými a specializovanými pojmy, nepočítá kubíky oxidu uhličitého. Spíše se soustředí na to, co je lidstvem považováno za správné a spravedlivé a ve své obecnosti stanovuje pravidla fair play a staví mantinely nebezpečnému chování.

Literature:

- GUZMAN Andrew: Saving Customary International Law. Michigan Journal of International law, 2005, Volume 27, no. 1
- HOLLÄNDER Pavel: Filosofie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 p., ISBN 8086898962
- CHENG Bin: United Nations resolutions on Outer Space: "Instant" International customary law. International Law: Teaching and Practice, London: Stevens & Sons, 1982, 287 p., ISBN 042046350X
- JENNINGS Robert, WATTS Arthur: Oppenheim's International law - Volume 1 - Peace. Oxford, ninth edition, Oxford University Press, 2008, 554 p., ISBN 9780582302457

- PETERSEN Niels: Customary Law Without Custom? American University International Law Review, 2008, Volume 23, no. 2,
- SHELTON Dinah: Soft law. Oxon, first edition, Routledge, 2011, 468 p. ISBN 9780415610520
- THIRLWAY H. W. A.: International customary law and codification. Leiden: A. W. Sijthoff, 1972, 158 p., ISBN 9028600825
- VILLIGER Mark E.: Customary International Law and Treaties, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 432 p., ISBN 9024729807

Contact – email

nekuda.jaroslav@gmail.com

EUROPEAN CASE LAW AS A SOURCE OF CHANGES IN DIRECT TAXATION

KRISTÝNA ONDROVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech republic

Abstract in original language

Soudní dvůr EU obecně nemá legislativní pravomoc, ani jeho judikatura není považována za klasický pramen práva. Tím spíše nemůže svévolně zasahovat do oblastí, kde nemá pravomoc ani sama Evropská unie – např. přímé zdanění. Přesto jsou rozhodnutí Soudního dvora v této oblasti velmi významná a často donutí členský stát ke změně vlastní legislativy. Příspěvek se zabývá právě změnami daňových ustanovení, zejm. v českém právním řádu, zavedenými na základě vlivu evropské judikatury.

Key words in original language

Evropská unie, daně, Soudní dvůr EU, judikatura SD EU, přímé daně, daňová harmonizace, české daňové právo

Abstract

The Court of the EU has no legislative power, nor the case law is considered as a general source of law. Especially more the Court has no right to intervene in areas where no jurisdiction is set for the European Union itself such as direct taxation. Otherwise the case law is quite important and often forces the Member State to amend its legislation. The contribution deals with changes in direct tax provisions, especially in the Czech legal order, adopted under the influence of the Court judgments.

Key words

European Union, taxes, the Court of Justice of the European Union, case law, direct taxation, tax harmonization, Czech tax law

1. ÚVOD

Legislativa přímých daní zůstává v pravomoci členských států a obecně nepodléhá na evropské úrovni společné úpravě tak, jak je tomu např. u daně z přidané hodnoty či daní spotřebních. Částečně harmonizovány jsou pouze některé specifické případy.¹ Další sbližování probíhá zejména

¹ Čl. 115 Smlouvy o fungování EU umožňuje Radě na návrh Komise přijímat směrnice o sbližování právních a správních předpisů členských států, které mají přímý vliv na vytváření nebo fungování vnitřního trhu. Např.: Směrnice Rady 90/435/EHS o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států ve znění směrnice č. 2003/123

prostřednictvím judikatury Soudního dvora EU (tzv. negativní harmonizace).

Tento příspěvek se zabývá právě rolí evropské judikatury v daňových otázkách a snaží se reflektovat změny pramenící z některého rozsudku (příp. rozsudků) Soudního dvora. Spíše na okraj je zmíněn případ, kdy na základě takového rozhodnutí došlo ke změně sekundárního právního aktu (směrnice). Hlavní část textu je pak věnována změnám v české legislativě.

2. ROLE SOUDNÍHO DVORA V DAŇOVÝCH OTÁZKÁCH

„Judikatura Soudního dvora (soubor všech rozhodnutí) je významným prvkem evropského práva. I když judikatura není oficiálně zahrnuta ani v primárním, ani v sekundárním právu Evropské unie, ovlivňuje významně fundamentální principy evropské integrace. Ačkoliv neexistuje výslovné stanovení závaznosti judikátů pro budoucí rozhodování, v naprosté většině případů vycházejí rozsudky Soudního dvora z rozsudků starších kauz. Některé „základní“ judikáty získaly téměř normativní charakter² a zásadním způsobem ovlivnily interpretaci primárního práva.“³

Co se týče daňového práva, evropské právo dosud dosáhlo velmi odlišné úrovně harmonizace v jeho jednotlivých oblastech – např. již zmiňovaný rozdíl mezi společnou úpravou daně z přidané hodnoty a spíše národními úpravami daní přímých. Tato rozdílná míra harmonizace se přirozeně odráží i v odlišné roli a vlivu Soudního dvora.

Řízení před Soudním dvorem probíhá nejčastěji v podobě řízení o předběžných otázkách nebo o žalobách. V případě daně z přidané hodnoty Soudní dvůr zejména posuzuje řádnost a včasnost implementaci směrnic do národních právních řádů, definuje či konkretizuje používané pojmy a vůbec vykládá společně přijatou úpravu. V oblasti přímých daní je tomu jinak. Sám Soudní dvůr si vymezil roli tak, že v případě neexistence společné úpravy nemá pravomoc zasahovat do pojetí a uspořádání národních

Směrnice Rady 90/434/EHS o společném systému zdanění při fúzích, rozděleních, převodech aktiv a výměně akcií týkajících se společností z různých členských států ve znění směrnice č. 2005/19

Směrnice Rady 2003/49/ES o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi přidruženými společnostmi z různých členských států

Směrnici Rady 2003/48/ES o zdanění příjmů z úspor ve formě příjmů úrokového charakteru

² Např. *van Gend en Loos*, C-26/62, či *Costa vs ENEL*, C-6/64

³ Široký, J. *Činnost Soudního dvora v oblasti přímého zdanění v Evropské unii*. Dostupné z: http://kvf.vse.cz/storage/1239811121_sb_siroky.pdf

daňových systémů.⁴ Jeho cílem je ale zajistit dodržování základních svobod garantovaných primárním právem. A tento zájem často převyšuje nad povinnostmi nezasahovat do neharmonizovaných oblastí.

Vnitrostátní soudy členských zemí, jelikož si jsou vědomy své povinnosti dodržovat evropské právo, se často dotazují na možné neslučitelnosti vlastních předpisů s evropským právem. Případy řízení o daňových předběžných otázkách tak jsou běžným tématem a svým počtem značně převyšují řízení o přímých žalobách.⁵

Jak již bylo řečeno, ustanovení, které by konkrétně řešilo harmonizaci přímých daní v primárním právu nenajdeme. Z čeho tedy Soudní dvůr při řešení předložených předběžných otázek vychází? Zdrojem jeho argumentů bývají především pravidla jednotného vnitřního trhu, tedy úprava čtyř základních svobod, stejně tak pravidla celní unie a zákaz diskriminace, analogicky pak ustanovení týkající se daně z přidané hodnoty, spotřebních a energetických daní a v neposlední řadě i další obecné zásady právní a další principy.

3. NEGATIVNÍ HARMONIZACE

„Judikatura Soudního dvora je považována za formu negativní harmonizace, kdy jsou jednotlivé členské státy nuceny činit opatření v národních daňových systémech nikoli na základě směrnic či nařízení, nýbrž na základě judikatury. Negativní harmonizace nemůže sloužit jako prostředek k dosažení harmonizace, neboť nestanovuje shodné postupy pro její dosažení. Nicméně se ukazuje, že by mohla být účinným alternativním nástrojem k dosažení efektivně fungujícího jednotného trhu, neboť nutí členské státy odstraňovat ustanovení, která jsou v rozporu se základními principy...“⁶

I přes značně omezenou pravomoc Soudního dvora tak mají jeho rozhodnutí nezanedbatelný vliv. V oblastech s již přijatou částečnou společnou úpravou⁷ se judikatura v nemalé míře podílí na odhalování nedostatků a může naznačit spravedlivější či přínosnější řešení, tedy ovlivnit samotnou podobu evropských právních aktů.

⁴ Např. rozhodnutí *Saint Gobain*, C-307/97 odst. 57, rozhodnutí *Bank of Scotland*, C-311/97 odst. 19, nebo rozhodnutí *Lankhorst – Hohorst*, C-324/2000 odst. 26

⁵ Ze strany českých soudů však dosud žádná daňová předběžná otázka vznesena nebyla

⁶ Nerudová D.: Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie, 2008, str. 64

⁷ Viz směrnice v pozn. 1

Stejně tak může iniciovat změny konkrétních daňových ustanovení jednotlivých členských států. V praxi musí reagovat na řadu obdobně problematických situací přicházejících z různých členských zemí. Soudní dvůr se vždy snaží, aby konečné řešení neslo určitou společnou myšlenku, směřovalo k obdobnému cíli, mělo stejný smysl. Rozhodováním konkrétních případů tak nenásilně navádí jednotlivé právní řády stejným směrem. Takto dochází ke sbližování i v oblastech, kde chybí společný konsensus pro klasický harmonizační proces.

3.1 PŘÍPAD NEGATIVNÍ HARMONIZACE NA EVROPSKÉ ÚROVNI

Za učebnicový příklad negativní harmonizace můžeme považovat rozsudek *Saint – Gobain*.⁸ Čeho se tenhle případ týkal? Švýcarská společnost Saint – Gobain vyplácela své německé pobočce (stálá provozovna) dividendy, které bylo třeba v Německu znovu řádně zdanit. Německo v té době neumožňovalo uplatnit daňovou úlevu na dividendy, které již byly zdaněny v zahraničí a německý finanční úřad argumentoval tím, že tuto výhodu mohou využívat pouze německé společnosti nebo společnosti mající v Německu neomezenou daňovou povinnost (daňoví rezidenti).

Soudní dvůr pak musel mimo jiné vyřešit otázku, zda je v souladu s evropským právem nepřiznat stále provozovně daňové úlevy, které jsou přiznávány rezidentům. Tato stálá provozovna se tak ocitá v situaci méně výhodné než je situace rezidentů, což může představovat překážku volného pohybu osob, příp. některé další základní svobody.

Otázka postavení stálé provozovny nebyla v té době evropským právem nijak speciálně upravena. Pojem se vyskytoval spíše v mezinárodních smlouvách (např. o zamezení dvojího zdanění), které zpravidla zajišťovaly její rovné postavení.

Soudní dvůr nakonec rozhodl v tom smyslu, že pravidla volného pohybu osob je třeba vztáhnout i na stálou provozovnu. Je třeba s ní nakládat stejným způsobem jako s rezidentními společnostmi.

Časem se navíc ukázalo, že podnikání prostřednictvím stálé provozovny je díky snadnému zakládání a poměrně jednoduché správě stále využívanější. Tento trend musel být reflektován i na úrovni evropského práva. Proto posléze, a nemalou zásluhu na tom měl právě tento rozsudek, došlo k doplnění směrnice o mateřských a dceřiných společnostech o pojem stálé provozovny.

⁸ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 21. září 1999, ve věci C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland proti Finanzamt Aachen-Innenstadt*

3.2 PŘÍPADY NEGATIVNÍ HARMONIZACE V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU

Atraktivitu a dynamičnost přímých daní lze spatřovat mimo jiné i v četnosti novel, kterými např. zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o daních z příjmů) prochází. V průměru je to neskutečných šest novel za rok a patří tak k nejčastěji měněným předpisům vůbec. Proto je rozsah v následujících odstavcích rozebíraných změn omezen pouze na poslední rozsáhlou novelu⁹ tohoto zákona, účinnou od 1. ledna 2011, a ani tento jejich výčet nelze považovat za úplný.

3.2.1 SPOŘENÍ NA STÁŘÍ

Jedním ze sporných bodů, které byly České republice vytýkány pro rozpor s judikaturou a evropským právem vůbec bylo zdanění produktů sloužících ke spoření na stáří. Napadena byla ustanovení zakotvující různé režimy pro zdanění domácích produktů penzijního připojištění v porovnání s podobnými produkty poskytnutými zahraniční institucí.

Původní úprava¹⁰ umožňovala daňovému poplatníkovi, který odváděl příspěvky na penzijní připojištění na účet fondu zřízeného v České republice, odečtení takto zaplacených příspěvků (do určité výše) od základu daně z příjmů. Obdobná situace nastávala v případě, že příspěvky odváděl do penzijního fondu zřízeného v České republice zaměstnavatel za své zaměstnance – tyto příspěvky (opět do určité výše) byly osvobozeny od daně. Naproti tomu v případě, kdy obdobné platby směřovaly do zahraničního systému připojištění, nepříslušela poplatníkům ani jedna z uvedených daňových úlev.

Komise zastávala názor, že tento postup je zcela v rozporu s volným pohybem pracovníků, se svobodou usazování a s volným pohybem služeb, a v říjnu minulého roku formálně vyzvala Českou republiku ke změně. Český zákonodárce na výzvu vcelku pohotově reagoval a v rámci zmíněné novely související diskriminační ustanovení odstranil, resp. zrovnoprávnil zdanění produktů poskytovaných tuzemskými i zahraničními institucemi.

3.2.2 DARY DO ZAHRANIČÍ

K dalším problematickým bodům patřila i ustanovení¹¹ umožňující snížení základu daně z titulu darů poskytnutých v rámci České republiky a do zahraničí. Novela upravila zejména posuzování podmínek, které se týkají

⁹ Zákon č. 346/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony

¹⁰ § 6 odst. 9p,17; § 8 odst. 1e, 4, 6; § 15 odst. 9; § 19 odst. 1zo; § 36 odst. 2n,s; § 38g odst. 2; § 38k odst. 5f; § 38l odst. 1h;... zákona o daních z příjmů

¹¹ § 15 odst. 1 a § 20 odst. 12 zákona o daních z příjmů

účelu daru a jeho příjemce. Původně bylo třeba tyto podmínky posuzovat dle právních předpisů státu, do kterého dar směřuje, a až v případě neexistence takového předpisu se aplikovala úprava česká. Uznatelnost darů poskytovaných do různých členských zemí se tak značně lišila. Další komplikace působila i potřeba dohledávání cizí legislativy.

Nově se vyžaduje splnění pouze podmínek stanovených českým zákonem. Rozhodujícím kritériem se tak stalo to, zda je subjekt, který dar přijímá a účel, pro který je dar poskytnut, srovnatelný s darem, poskytnutým příjemci, který má bydliště nebo sídlo v České republice. Stačí tedy naplnění podmínek českého zákona, tj. zákona státu, který daňovou úlevu poskytuje. Není již rozhodující to, zda stát příjemce podporuje podobnou skupinu subjektů a kategorii darů nějakými daňovými nástroji. Podpora veřejně prospěšného sektoru by měla být věcí každého státu, který si sám zvolí, které aktivity bude podporovat a jaké nástroje k tomu použije.¹²

Tento přístup zároveň vychází z principů zakotvených v judikatuře Soudního dvora, např. v rozsudku *Persche*.¹³ Stručně ke skutkovému stavu. Německý podnikatel pan Hein Persche věnoval dar v podobě věcí každodenní potřeby portugalskému domovu důchodců a dětskému domovu. V daňovém přiznání poté nárokoval odpočet tohoto daru ze základu daně, což mu však Finanzamt zamítl.

Soudní dvůr následně řešil otázku, zda-li spadají do rozsahu působnosti svobody volného pohybu kapitálu věcné dary od příslušníka jednoho členského státu ve formě předmětů každodenní potřeby poskytnuté zařízením, která mají své sídlo v jiném členském státě. Soudní dvůr nakonec rozhodl takto:

„...V případě, kdy daňový poplatník požaduje v členském státě daňovou odpočitatelnost darů, které poskytl zařízením, jež mají své sídlo v jiném členském státě a jež jsou v tomto jiném státě uznána za obecně prospěšná, spadají takové dary pod ustanovení Smlouvy o ES týkající se volného pohybu kapitálu, i když jsou poskytovány jako věcné dary ve formě předmětů každodenní potřeby...“

Ustanovení zakotvující rozdílné zacházení s dary poskytnutými tuzemským osobám oproti darům poskytnutým do zahraničí tak lze považovat za diskriminační a schopná narušit svobodu volného pohybu kapitálu.

¹² Více viz Důvodová zpráva k zákonu č. 346/2010 Sb., změna zákona o daních z příjmů, k bodu 31 a 44

¹³ Rozsudek Soudního dvora ze dne 27. ledna 2009, ve věci C-318/07, Hein Persche proti Finanzamt Lüdenscheld

3.2.3 FONDY KOLEKTIVNÍHO INVESTOVÁNÍ

V souvislosti s aplikací základních svobod práva Evropské unie ve světle judikatury vznikaly určité pochybnosti i ohledně zdaňování zahraničních fondů kolektivního investování. Úprava fondů kolektivního investování je v současné době sice částečně harmonizována, ale v jednotlivých členských státech se zásadně liší. Český zákonodárce tak musel definovat určitá pravidla, které musí zahraniční fond při investování v České republice splňovat, aby mu byla poskytnuta stejná daňová výhoda jako fondu domácímu.¹⁴

Původní ustanovení¹⁵ se zahraničními fondy vůbec nepočítalo. Přiznávalo výhodu 5% sazby daně pouze investičním a podílovým fondům upraveným podle zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů. Novela pak přidala výslovné vymezení kritérií pro přiznání výhod zahraničním fondům. Konkrétně se jedná o:

„... zahraniční fond kolektivního investování, založený v jiném členském státě Evropské unie, Norsku nebo Islandu, pokud 1. veřejně nabízí cenné papíry, shromažďuje peněžní prostředky od veřejnosti a investuje na principu rozložení rizika, přičemž tyto skutečnosti lze zjistit ze statutu, prospektu nebo obdobného dokumentu vydaného tímto fondem, 2. podléhá orgánu dohledu ve státě, ve kterém je povolen, a tuto skutečnost lze zjistit ze statutu, prospektu nebo obdobného dokumentu vydaného tímto fondem a 3. je podle daňového práva státu, ve kterém je povolen, považován za daňového rezidenta a příjmy tohoto fondu se podle daňového práva tohoto státu ani zčásti nepřičítají jiným osobám.“

Někteří autoři se však stále domnívají, že novela není zcela zdařilá a v některých aspektech ještě přetrvávají diskriminační prvky.¹⁶

3.2.4 V BUDOUCNU OČEKÁVANÉ ZMĚNY

Ač se český zákonodárce snaží vcelku rychle a snad i úspěšně reagovat na ustalující se judikaturu, stále můžeme v našich daňových předpisech narazit na ustanovení, která se mohou ocitnout v rozporu s ní. Problematická může být např. úprava zdanění při přeshraničních přeměnách společností,¹⁷ ustanovení týkající se zdanění příjmů nerezidentů z prodeje akcií, ztráty

¹⁴ Více viz Důvodová zpráva k zákonu č. 346/2010 Sb., změna zákona o daních z příjmů, k bodu 45

¹⁵ § 21 odst. 2 zákona o daních z příjmů

¹⁶ Novotný R., Pecka J.: Novela zákona o daních z příjmů z pohledu evropského práva. Daňový expert, 2011/1, str. 17-28

¹⁷ K tomuto tématu více např. Novotný R., Dušek M.: Daňová neutralita přeshraniční fúze - realita či iluze? Daňový expert, 2010/4

v zahraniční stálé provozovně, odpisu a prodeje úvěrových pohledávek, atd.¹⁸

4. ZÁVĚR

Judikatura Soudního dvora je neopomenutelným pramenem evropského práva. Má nezanedbatelný vliv na jeho podobu i aplikaci. V neharmonizovaných oblastech představuje prakticky jediné společné vodítko a jejím prostřednictvím dochází i zde k určité formě sbližování. Soudní dvůr se tak stává zdrojem nejrozličnějších změn, a to jak na evropské tak na národních úrovních.

Český zákon o daních z příjmů se na první pohled jeví vcelku v souladu s evropským právem a související judikaturou. Pohled bližší již prozrazuje některé nedostatky, často v podobě zásahu do čtyř základních svobod garantovaných primárním právem. Některá ustanovení vykazují značně diskriminační přístup k rezidentům jiných členských států. Zákonodárce se ovšem snaží pohotově reagovat. Jak vyplývá např. z důvodových zpráv, hojně vyhledává evropskou judikaturu a odkazuje na ni. V řadě případů ji uvádí jako na hlavní důvod konkrétní změny.

Úprava některých institutů však na svůj eurokonformní rozbor stále čeká. Do budoucna proto můžeme očekávat další změny v podobném duchu. Pozitivem pro daňového poplatníka však může být i to, že řada ustanovení Smluv má přímý účinek. Národní soudy jsou povinny je přednostně aplikovat a poplatníkovi se tak otevírá možnost dovolat se řady výhod, přestože „jeho“ právní řád stanoví něco jiného.

Literature:

- Nerudová, D.: *Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie*. 2. akt. vyd., Praha : ASPI, 2008
- Novotný, R.: Dušek, M.: Daňová neutralita přeshraniční fúze - realita či iluze? *Daňový expert*, 2010 č. 4
- Novotný, R., Pecka, J.: Novela zákona o daních z příjmů z pohledu evropského práva. *Daňový expert*, 2011 č.1

¹⁸ Více k této problematice např. Novotný R., Pecka J.: Novela zákona o daních z příjmů z pohledu evropského práva. *Daňový expert*, 2011/1, str. 17-28

- Široký, J.: *Činnost Soudního dvora v oblasti přímého zdanění v Evropské unii* (on-line, citováno dne 20. dubna 2011). Dostupné z: http://kvf.vse.cz/storage/1239811121_sb_siroky.pdf
- Smlouva o fungování Evropské unie
- Směrnice Rady 90/435/EHS o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států ve znění směrnice č. 2003/123
- Směrnice Rady 90/434/EHS o společném systému zdanění při fúzích, rozděleních, převodech aktiv a výměně akcií týkajících se společností z různých členských států ve znění směrnice č. 2005/19
- Směrnice Rady 2003/48/ES o zdanění příjmů z úspor ve formě příjmů úrokového charakteru
- Směrnice Rady 2003/49/ES o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi přidruženými společnostmi z různých členských států
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 5. února 1963, ve věci C-26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos proti Nederlandse administratie der belastingen*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 15. července 1964, ve věci C-6/64, *Flaminio Costa proti E.N.E.L.*
- Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 29. dubna 1999, ve věci C-311/97, *Royal Bank of Scotland plc proti Elliniko Dimosio*
- Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 21. září 1999, ve věci C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland proti Finanzamt Aachen-Innenstadt*
- Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 12. prosince 2002, ve věci C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH proti Finanzamt Steinfurt*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 27. ledna 2009, ve věci C-318/07, *Hein Persche proti Finanzamt Lüdenscheid*

- Zákon č. 346/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů
- Poslanecká sněmovna Parlamentu, Důvodová zpráva k zákonu č. 346/2010 Sb., změna zákona o daních z příjmů

Contact – email
170084@mail.muni.cz

DIPLOMATICKÁ OCHRANA OSÔB BEZ ŠTÁTNEHO OBČIANSTVA A UTEČENCOV : PROGRESÍVNY ROZVOJ MEDZINÁRODNÉHO PRÁVA AKO BRZDA KODIFIKAČNÉHO ÚSILIA?

PETER PAVLOVIČ

Faculty of Law, Masaryk University, Department of International and
European Law, Czech Republic

Abstract in original language

Tento príspevok analyzuje článok 8 Návrhu článkov o diplomatickej ochrane predstavujúci príspevok k progresívnemu rozvoju medzinárodného práva vyjadrujúci pravidlá vzťahujúce sa na diplomatickú ochranu osôb bez štátneho občianstva a utečencov. V závere práce sa autor zamýšľa nad možnou akceptáciou tohto ustanovenia zo strany štátov v prípade uzatvárania mnohostrannej medzinárodnej zmluvy tak, ako to predpokladá rezolúcia Valného zhromaždenia Organizácie Spojených národov.

Key words in original language

Diplomatická ochrana, osoby bez štátneho občianstva, utečenci.

Abstract

This paper analyzes the Article 8 of the Draft Articles on Diplomatic protection, which progressively develops the international law by expressing new rules relating to the diplomatic protection of stateless persons and refugees. At the end of this contribution, there is a comment about the will of the States to adopt a multilateral treaty containing such rules, as it is foreseen by the resolution of the General Assembly of the United Nations.

Key words

Diplomatic protection, stateless persons, refugees.

ÚVOD

Diplomatická ochrana v súčasnej podobe predstavuje inštitút medzinárodného práva upravený normami obyčajového charakteru. V roku 1997 sa Komisia pre medzinárodné právo začala zaoberať otázkou kodifikácie týchto pravidiel a výsledkom jej práce sa v roku 2006 stal 19-článkový dokument nesúci názov Návrh článkov o diplomatickej ochrane (ďalej len "Návrh"). V tomto dokumente však okrem písomného zachytenia existujúcich obyčajových noriem došlo aj k formulácii nových pravidiel, teda k progresívnemu rozvoju medzinárodného práva, a to predovšetkým v článku 8, ktorý de lege ferenda umožní štátom vykonávať diplomatickú ochranu v prospech osôb bez štátneho občianstva a utečencov.

V ďalších častiach práce sa budeme zaoberať analýzou práve tohto ustanovenia a jeho možného vplyvu na zavŕšenie kodifikačného úsilia v podobe prijatia mnohostranného medzinárodného dohovoru jednotne upravujúceho problematiku diplomatickej ochrany.

ŠTÁTNE OBČIANSTVO AKO PREDPOKLAD PRE VÝKON DIPLOMATICKEJ OCHRANY

Diplomatická ochrana bola vystavaná na fikcii sformulovanej E. Vattelom v 18. storočí. Právna konštrukcia, na ktorej bol tento inštitút vybudovaný, spočívala v téze, podľa ktorej nevhodné zaobchádzanie so štátnym občanom nepriamo spôsobuje ujmu jeho domovskému štátu.¹ O tom, že táto fikcia sa presadila postupom času v praxi a dlhé roky sa považovala za teoretický základ diplomatickej ochrany², svedčí aj početná judikatúra medzinárodných súdnych a arbitrážnych orgánov, jej všeobecná akceptácia v doktríne a v neposlednom rade jej prevzatie Komisiou pre medzinárodné právo ako ideového základu pre štúdiu tohto inštitútu.³

Podstatným prvkom je však uznanie nevyhnutnosti existencie určitej väzby medzi osobou, ktorá pod vplyvom medzinárodne protiprávneho konania iného štátu utrpela ujmu, a štátom vykonávajúcim diplomatickú ochranu. Táto väzba je vyjadrená štátnym občianstvom a štátoobčiansky vzťah medzi poškodenou fyzickou osobou a štátom poskytujúcim ochranu je považovaný za jeden z kľúčových predpokladov pre výkon diplomatickej ochrany.⁴ Prvok štátneho občianstva je zároveň prejavom personalít, ktorá pomáha preklenúť teritoriálne pôsobenie suveréna na všetky osoby a veci nachádzajúce sa na jeho štátnom území, a ktorá je zároveň vyjadrením záväzku štátu chrániť svojich štátnych občanov pred protiprávnymi zásahmi zo strany iných subjektov medzinárodného práva.⁵

Z uvedeného vyplýva, že na jednej strane sú formulované striktné požiadavky na existenciu štátoobčianskeho vzťahu určitej kvality (effective link, genuine link, continuous nationality) medzi poškodenou osobou a

¹ VATTEL, E. The Law of Nations..., 1852, s. 161.

² Bližšie pozri: KÜNZLI, A. As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection, In The European Journal of International Law, 2007, s. 37-68.

³ ČEPELKA, Č., ŠTURMA, P., BÍLKOVÁ, V. Kodifikace a rozvoj mezinárodního práva, 2008, s. 32.

⁴ Nutnosť existencie väzby takejto kvality predpokladá aj Viedenský dohovor o diplomatických stykoch z roku 1961, keď v čl. 3 ods. 1 písm. b) uvádza ako jednu z funkcií diplomatickej misie ochranu záujmov vysielajúceho štátu a jeho príslušníkov v štáte prijímajúcom v rozsahu dovoľenom medzinárodným právom.

⁵ KLEINLEIN, T., RABENSCHLAG, D. Auslandsschutz und Staatsangehörigkeit, In ZaöRV, 2007, s. 1282-1283.

chrániacim štátom, no na strane druhej sa v špecifických prípadoch požiadavky kladené na "kvalitu" väzby za účelom rozšírenia okruhu beneficiárov diplomatickej ochrany o kategórie osôb, ktoré takto formulovaným kvalitám z rôznych dôvodov nevyhovujú (jedná sa predovšetkým o osoby bez štátnej príslušnosti a utečenci).⁶ Takto poňatý trend upúšťania od prísneho prihliadania na štátne občianstvo fyzickej osoby však nie je znakom odklonu od tradičných predpokladov pre výkon diplomatickej ochrany (ostatne tieto sú *expressis verbis* zachytené aj v článku 1 Návrhu), ale sú prejavom narastajúcej flexibility tohto inštitútu, ktorý zároveň preukazuje vysokú mieru adaptability na meniace sa podmienky spoločenského života.⁷

DIPLOMATICKÁ OCHRANA OSÔB BEZ ŠTÁTNEHO OBČIANSTVA

Za osobu bez štátneho občianstva sa považuje ktorákoľvek osoba, ktorá nie je podľa zákonov žiadneho štátu považovaná za občana takéhoto štátu.⁸ Vychádzajúc z obyčajového práva, štáty nemajú právo vykonať diplomatickú ochranu v prospech takýchto osôb. *Expressis verbis* bola táto skutočnosť vyjadrená v náleze Komisie pre americko-mexické nároky vo veci *Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States* (1931). V zmysle tohto nálezu nie je "žiadnen štát oprávnený intervenovať alebo sa sťažovať v prospech [osoby bez štátnej príslušnosti] ani pred, ani po utrpení ujmy"⁹, a to z dôvodu, že štát porušiteľ nie je spôsobilý spôsobiť ujmu (či už priamu alebo nepriamu) druhému štátu prostredníctvom jednotlivca bez štátneho občianstva. V zmysle tohto rozhodnutia (a obyčajového práva) je štátne občianstvo rozhodujúcim faktorom, teda pomyselnou väzbou medzi poškodeným občanom a štátom intervenujúcim v jeho prospech, v praxi potvrdzujúcou relevanciu Vattelovej fikcie pre diplomatickú ochranu. Tento prístup je zo strany štátov v zásade rešpektovaný v praktickej rovine aj v súčasnosti.

Opačný postoj však zaujala Komisia pre medzinárodné právo pri formulácii článku 8 Návrhu. Na rozdiel od obyčajového práva priznala štátu právo vykonať diplomatickú ochranu v prospech osoby bez štátneho občianstva, odkloniac sa od výslovnej požiadavky existencie štátoobčianskeho vzťahu.

⁶ Túto skutočnosť predpokladá aj čl. 3 ods. 2 Návrhu článkov o diplomatickej ochrane, keď formuluje výnimku zo striktnnej požiadavky na výkon diplomatickej ochrany len zo strany domovského štátu poškodeného občana, a to práve vo vzťahu k predmetnému čl. 8.

⁷ VICUÑA, F. O. *Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement*, s. 10-11.

⁸ Čl. 1 ods. 1 Dohovoru o právnom postavení osôb bez štátnej príslušnosti z r. 1954.

⁹ Nález Mexico/USA General Claims Commission vo veci *Dickson Car Wheel Company (USA) v. United Mexican States* z 07/1931.

V tomto prípade je teda možné hovoriť o progresívnom rozvoji medzinárodného práva, ktorý však spôsobuje koncepčnú nejednotnosť a doktrínálnu dezintegráciu inštitútu diplomatickej ochrany.

V zmysle navrhovanej právnej úpravy bude pre výkon diplomatickej ochrany apolitov rozhodujúci zákonný a obvyklý pobyt na území takto konajúceho štátu, a to v okamihu utrpenia ujmy, ako aj v čase oficiálneho prednesenia nároku. Komisia pre medzinárodné právo je toho názoru, že takto nastavené kritérium stavia relatívne vysokú latku pre štáty s vedomím, že sa má jednať o výnimočný prostriedok ochrany práv týchto osôb *de lege ferenda*.¹⁰

Aj napriek námietke nekonceptčnosti je potrebné uznať, že v globalizujúcom sa svete (vyznačujúcom sa veľkou mierou migrácie obyvateľstva) s doposiaľ nie celkom úspešným vyrovnaním sa s negatívnymi aspektmi apolitizmu je priznanie ochrany tohto druhu pre okruh osôb javom želaným a pozitívnym. Z pohľadu právnej vedy by však bolo vhodné všeobecné kritérium štátoobčianskeho vzťahu medzi postihnutou fyzickou osobou a chrániacim štátom predefinovať na väzbu určitej kvality, ktorá by bola pre každú skupinu vzťahov jedného druhu (napr. štátny občan - štát, bipolita - štát, apolita - štát) definovaná osobitne.

DIPLOMATICKÁ OCHRANA UTEČENCOV

Z pohľadu myšlienkových základov diplomatickej ochrany sa ako problematickejšia javí ochrana osôb s priznaným právnym postavením utečenca. Neexistencia obyčajového pravidla medzinárodného práva, ktoré by upravovalo možnosť výkonu diplomatickej ochrany v prospech týchto osôb, je dôsledkom nezáujmu štátov (predovšetkým z politických dôvodov) intervenovať v ich prospech. Z pohľadu štátu je totiž osoba, ktorej bol priznaný status utečenca, i naďalej štátnym občanom štátu, ktorý z taxatívne stanovených dôvodov pre prenasledovanie opustila. Akákoľvek intervencia v prospech takýchto osôb spravidla býva v rozpore so zahranično-politickými záujmami štátu a vzhľadom na pretrvávajúci štátoobčiansky vzťah danej fyzickej osoby k inému štátu chýba aj právny dôvod na takýto postup.

Na druhej strane, tieto osoby sú pozbavené možnosti domáhať sa ochrany na medzinárodnej úrovni z dôvodu, že nie sú schopné alebo nechcú sa domáhať ochrany zo strany svojho domovského štátu, nakoľko by tým riskovali stratu postavenia utečenca v štáte svojho pobytu.¹¹ Z tohto dôvodu Komisia pre

¹⁰ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006, s. 49.

¹¹ AMERASINGHE, C. Diplomatic Protection, 2008, s. 118.

medzinárodné právo považovala za vhodné zaviesť nové pravidlo progresívne rozvíjajúce medzinárodné právo, ktoré by za prísne stanovených podmienok umožňovalo vykonať diplomatickú ochranu v prospech týchto osôb.

Ako podmienky pre výkon diplomatickej ochrany v prospech utečencov Návrh uvádza zákonný a obvyklý pobyt v štáte vykonávajúcim ochranu za predpokladu trvania tohto pobytu v čase vzniku ujmy a oficiálneho prednesenia návrhu.¹² V tomto ohľade Komisia pre medzinárodné právo zvolila kritérium identické s tým, ktoré sa uplatňuje vo vzťahu k osobám bez štátnej príslušnosti. Vzhľadom na špecifiká právneho postavenia utečencov však bližšie definovala niektoré ďalšie aspekty.

V prvom rade je zaujímavý jej prístup k vymedzeniu pojmu utečenec. Pojem utečenec sa tak neobmedzuje iba na osobu vymedzenú v Dohovore o právnom postavení utečencov z roku 1951 a jeho Protokolu z roku 1967, ale priklonila sa k širšiemu chápaniu tohto statusu, nachádzajúc inšpiráciu vo formulácii použitej v Európskom dohovore o štátnom občianstve, ktorá odkazuje na kategóriu uznaných utečencov. Za rešpektovania medzinárodne uznávaných štandardov vzťahujúcich sa k postaveniu týchto osôb¹³ tak došlo k rozšíreniu okruhu subjektov požívajúcich právne postavenie utečencov v súlade s regionálnymi právnymi úpravami vzťahujúcimi sa k tejto problematike.¹⁴ Toto ustanovenie má význam najmä pre utečencov nachádzajúcich sa v štátoch, ktoré nie sú zmluvnými stranami existujúcich univerzálnych alebo regionálnych zmluvných inštrumentov.¹⁵

Na zamedzenie negatívnych dopadov právnej úpravy obsiahnutej v článku 8 ods. 2 Návrhu pristúpila Komisia pre medzinárodné právo k formulácii pravidla, podľa ktorého štát nemôže vykonať diplomatickú ochranu v prospech utečenca za predpokladu splnenia všetkých kritérií definovaných vo vyššie uvádzanom článku, ak bol spáchaný medzinárodný delikt (a tým pádom založená medzinárodnoprávna zodpovednosť štátu za protiprávne konanie) štátom, ktorého občanom je daný utečenec.¹⁶ Tento prístup v princípe rešpektuje zásadu dominancie štátneho občianstva fyzickej osoby nad inými väzbami (v tomto prípade vyjadrenými zákonným a trvalým pobytom). Nezanedbateľné sú taktiež politické dôvody, ktoré by v prípade absencie tohto ustanovenia mohli viesť k riziku enormného nárastu medzinárodných sporov (nakolko práve okolnosti spôsobujúce nedobrovoľné opustenie krajiny pôvodu zo strany utečenca často spočívajú

¹² Čl. 8 ods. 2 Návrhu článkov o diplomatickej ochrane.

¹³ Čl. 8 ods. 3 Návrhu článkov o diplomatickej ochrane.

¹⁴ Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006, s. 50.

¹⁵ AMERASINGHE, C. Diplomatic Protection, 2008, s. 118-119.

¹⁶ Čl. 8 ods. 3 Návrhu článkov o diplomatickej ochrane.

v existencii vážnych sporov s domovským štátom dotýkajúcich sa zaobchádzania s nimi). Masové vznášanie nárokov zo strany utečencov v krajinách ich zákonného a obvyklého pobytu voči svojmu domovskému štátu by v konečnom dôsledku mohlo mať za následok odmietanie prijímania utečencov na svoje územie zo strany mnohých štátov.¹⁷

Ak sa na diplomatickú ochranu poskytovanú utečencom pozrieme kritickým pohľadom, zistíme, že v tomto prípade sa jedná o úpravu absolútnym spôsobom popierajúcu základy, na ktorých je tento inštitút vybudovaný. Najmarkantnejšie je to možné badať v nahradení existujúceho štátoobčianskeho vzťahu väzbou nižšej kvality, ktorá de facto konzumuje právo domovského štátu utečenca na výkon diplomatickej ochrany. Vzhľadom na špecifickosť situácií, v ktorých sa utečenci ocitajú, je však výnimka formulovaná v článku 3 ods. 2 Návrhu opodstatnená, čo však neuberá na vážnosti argumentu o chabom teoretickom zdôvodnení základov diplomatickej ochrany.

VÝSLEDOK KODIFIKAČNÉHO ÚSILIA: ÚSPECH ALEBO NEÚSPECH?

Po dokončení práce Komisie pre medzinárodné právo prijalo Valné zhromaždenie OSN v roku 2006 rezolúciu, ktorou vyzvalo vlády členských štátov na zaujatie stanoviska k možnosti vypracovania dohovoru vzťahujúceho sa na diplomatickú ochranu v zmysle odporúčaní Komisie na základe predloženého Návrhu. Táto agenda mala byť následne analyzovaná na 62. zasadnutí Valného zhromaždenia.¹⁸ Na tomto zasadnutí však štáty dospeli len k ďalšiemu odloženiu diskusie.¹⁹

Šiesty výbor sa opätovne vrátil k agende diplomatickej ochrany v roku 2010 na svojom 65. zasadnutí. V rámci diskusie bolo možné identifikovať dva rôzne prístupy k ďalšiemu osudu možného písomného zachytenia právnych pravidiel tohto inštitútu. Prvá skupina štátov sa vyjadrovala za prijatie mnohostranného dohovoru komplexne upravujúceho problematiku diplomatickej ochrany²⁰, čím by sa dosiahla harmonizácia štátnej a súdnej praxe v tejto oblasti a zároveň by sa zvýšila úroveň právnej istoty na všetkých úrovniach medzištátnych vzťahov spolu s významným príspevkom

¹⁷ AMERASINGHE, C. Diplomatic Protection, 2008, s. 119.

¹⁸ Rezolúcia Valného zhromaždenia OSN A/RES/61/35.

¹⁹ Rezolúcia Valného zhromaždenia OSN A/RES/62/67.

²⁰ Potenciál na premietnutie predmetného návrhu do podoby multilaterálneho dohovoru predznamenuje aj P. Šturma a Č. Čepelka s tým, že v tomto prípade je pravdepodobnosť úspechu kodifikácie väčšia, ako pri Návrhu článkov o zodpovednosti štátov za medzinárodné protiprávne správanie. Bližšie pozri: ČEPELKA, Č., ŠTURMA, P., BÍLKOVÁ, V. Kodifikácie a rozvoj mezinárodného práva, 2008, s. 31-36.

k mierovému urovnávaniu medzinárodných sporov.²¹ Bez ohľadu na právnu formu takto prijatého dokumentu však nie je možné vylúčiť (najmä s ohľadom na vysokú politickú citlivosť a doterajší nezáujem štátov o takúto právnu úpravu) uplatnenie výhrad vo vzťahu k pravidlám progresívne rozvíjajúcim medzinárodné právo, predovšetkým vo vzťahu k článku 8 Návrhu. Iným rizikom by mohol byť nízky počet ratifikácií ako prejav nesúhlasu alebo pragmatického vyjadrenia postoja k písomnému zachyteniu pravidiel obyčajového práva (tie sú záväzné pre štáty bez ohľadu na ich písomné zachytenie v podobe medzinárodnej zmluvy).

Časť delegácií sa preto vyjadrila za ponechanie viac času na reflexiu a rozvoj právnych pravidiel v praxi štátov s ohľadom na Návrh. K tejto opatrnosti ich vedie predovšetkým čiastočný neúspech v završení kodifikačného procesu vo vzťahu k pravidlám upravujúcim zodpovednosť štátov za medzinárodné protiprávne správanie. V rámci diskusie sa objavil aj radikálnejší postoj, žiadajúci Valné zhromaždenie OSN o nepodnikanie žiadnych ďalších krokov v tejto oblasti.²²

Vzhľadom na názorovú nejednotnosť štátov na ďalší postup bolo prerokúvanie tejto otázky odložené na 68. zasadnutie Šiesteho výboru Valného zhromaždenia. Vytvoril sa tým priestor na hľadanie politicky priechodného riešenia, ktoré by v konečnom dôsledku mohlo priniesť určitú dávku právnej istoty do medzištátnej praxe, nakoľko Medzinárodný súdny dvor sa k problematike diplomatickej ochrany opakovane vracia.

Na záver je nutné vyzdvihnúť pragmatizmus, s akým Komisia pre medzinárodné právo pristúpila k formulovaniu nových pravidiel pre diplomatickú ochranu osôb bez štátneho občianstva a utečencov. Dokazuje to, že tento orgán dostatočne pružne reaguje na vývojové trendy globálnej society a zodpovedajúco tomu prispôsobuje výsledky svojej činnosti. Z pohľadu perspektívnej právnej úpravy (de lege ferenda) sa jedná o záslužnú činnosť, ktorá sa však v konkurencii s národno-štátnymi záujmami presadzovanými v praxi štátov nie vždy úspešne presadí. Práve tento rozpor je jednou z príčin súčasnej "kodifikačnej impotencie" medzinárodného spoločenstva štátov. Práve kodifikácia pravidiel diplomatickej ochrany má potenciál tento nepriaznivý vývoj zvrátiť.

²¹ General Assembly of the United Nations (Legal - Sixth Committee) : Sixty-fifth Session : Diplomatic Protection (Agenda Item 80) [online]. United Nations [cit. 10-05-2011]. Dostupné z: <<http://www.un.org/en/ga/sixth/65/DiploProtect.shtml>>.

²² Ibid.

Literature:

- AMERASINGHE, C. Diplomatic Protection. Oxford : Oxford University Press, 2008, 350 s. ISBN 978-0-19-921238-5
- ČEPELKA, Č., ŠTURMA, P., BÍLKOVÁ, V. Kodifikace a rozvoj mezinárodního práva. Praha : Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2008, 159 s. ISBN 978-80-87146-03-3
- Dohovor o právnom postavení osôb bez štátnej príslušnosti z roku 1954.
- Draft Articles on Diplomatic Protection [online]. United Nations, 2006 [cit. 10-5-2011]. Dostupné z: < http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf>.
- Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries [online]. United Nations, 2006 [cit. 10-5-2011]. Dostupné z: < http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf>.
- General Assembly of the United Nations (Legal - Sixth Committee) : Sixty-fifth Session : Diplomatic Protection (Agenda Item 80) [online]. United Nations [cit. 10-05-2011]. Dostupné z: <<http://www.un.org/en/ga/sixth/65/DiploProtect.shtml>>.
- KLEINLEIN, T., RABENSCHLAG, D. Auslandsschutz und Staatsangehörigkeit [online]. In Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law), zv. 67, 2007, s. 1277-1337 [cit. 08-05-2011]. Dostupné z < http://www.zaoerv.de/67_2007/67_2007_4_b_1277_1338.pdf>.
- Nález Mexico/USA General Claims Commission vo veci Dickson Car Wheel Company (USA) v. United Mexican States z 07/1931.
- Rezolúcia Valného zhromaždenia OSN A/RES/61/35.
- Rezolúcia Valného zhromaždenia OSN A/RES/62/67.
- VATTEL, E. The Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct nad Affaires of Nations and Sovereigns. Philadelpia : T. & J. W. JOHNSON LAW BOOKSELLERS, 1852, 656 s.

- VERMEER-KÜNZLI, A. As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection [online]. In The European Journal of International Law, zv. 18, č. 1, 2007 [cit. 09-05-2011]. Dostupné z: < <http://www.ejil.org/pdfs/18/1/220.pdf>>.
- VICUÑA, F. O. Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement [online]. ICCA, 31 s. [cit. 05-05-2011]. Dostupné z: < http://www.arbitration-icca.org/media/0/12224294674510/changing_approaches_to_the_nationality_of_claims_in_the_context_of_diplomatic_protection_and_international_dispute_settlement.pdf>.
- Viedenský dohovor o diplomatických stykoch z roku 1961.

Contact – email

peter.pavlovic@mail.muni.cz

TRESTNÁ POLITIKA PO VSTUPE DO SHENGENU

SVETLANA SOLANÍKOVÁ

Právnická fakulta, Katedra trestného práva, Univerzita Pavla Jozefa
Šafárika, Slovenská republika

Abstract in original language

Trestná politika ako fenomén spoločenskej povahy sa dosť vzpiera empirickému skúmaniu; nie snáď pre ťažkosti pri zbere a analýze podkladového materiálu, ale skôr pre neľahké vymedzenie predmetu a zamerania výskumu. Všeobecne sa má za to, že každý štát svojou trestnou politikou deklaruje úroveň ochrany základných ľudských a občianskych práv a slobôd, ktorú je ochotný a schopný reálne zabezpečiť. Trestná politika štátu je konkretizovaná predovšetkým v jeho trestnej legislatíve, hmotnoprávnom i procesnom systéme, usporiadaní orgánov a inštitúcií poskytujúcich uplatňovanie trestnoprávnych noriem, ako aj v praktickej činnosti týchto subjektov.

Key words in original language

Trestná politika, Shengen, SR

Abstract

Criminal policy as a phenomenon of social nature rather stands out against empirical examination; not perhaps due to difficulties in collecting and analyzing of the underlying material, but rather due to a difficult definition of the object and focus of the research. In general it is considered, that each country declares the level of fundamental human and civil rights and liberties protection it is actually willing and able to provide, by its criminal policy. A state's criminal policy is primarily specified by its criminal legislation, substantive and procedural system, the organization of authorities and institutions providing the assertion of criminal norms, as well as by the practical activity of these subjects. In general, under the term "politics" we mostly understand an activity leading to setting objectives and forms of influence in public affairs; under the term "criminal policy" then activity leading to the development and use of means of the criminal law.

Key words

Criminal policy, Shengen, SR

Skúmanie trestnej politiky

Trestná politika ako fenomén spoločenskej povahy sa dosť vzpiera empirickému skúmaniu; nie snáď pre ťažkosti pri zbere a analýze podkladového materiálu, ale skôr pre neľahké vymedzenie predmetu a zamerania výskumu. Všeobecne sa má za to, že každý štát svojou trestnou politikou deklaruje najmä úroveň ochrany základných ľudských a občianskych práv a slobôd, ktorú je ochotný a schopný reálne zabezpečiť. Trestná politika štátu je konkretizovaná predovšetkým v jeho trestnej legislatíve, hmotnoprávnom i procesnom systéme, usporiadania orgánov a inštitúcií poskytujúcich uplatňovanie trestnoprávnych noriem i v praktickej činnosti týchto subjektov.

Pre náš výklad rozumieme politikou najmä činnosť, ktorá vedie k stanoveniu cieľov a foriem pôsobenia vo verejných záležitostiach; trestnou politikou potom činnosť, ktorá smeruje k tvorbe a využívaniu prostriedkov trestného práva.

Východiská trestnej politiky

P. Rock opisuje trestnú politiku ako organizovaný proces, pri ktorom sa transformujú idey a predstavy verejných činiteľov aj odborníkov do praktických opatrení realizovaných v systéme trestnej politiky.¹ G. Kaiser definuje trestnú politiku ako "trestnoprávnu časť systému sociálnej ochrany právnych statkov", ktorá využíva predovšetkým normy, zásady a prostriedky trestného práva.² Nadväzuje tak na poňatie H. J. Schneider, ktorý definuje trestnú politiku ako "súhrn všetkých štátnych opatrení prijímaných na ochranu spoločnosti a jej jednotlivých členov pred kriminalitou a v boji proti nej".³

Na tesnú súvislosť praktických opatrení proti kriminalite s všeobecným politickým očakávaním upozorňuje napr. J. Kuchta, keď rozvíja úvahy o vzťahu vedeckého skúmania kriminality s konkrétnymi formami fungovania trestného právneho systému kontroly kriminality.⁴ Vzťahom kriminológie a trestnej politiky sa zaoberá aj H. Válková, keď zdôrazňuje, že objektívne skúmanie aktuálnych kriminologických tém by nemalo slúžiť krátkodobým populistickým cieľom. Trestnú politiku potom charakterizuje ako "Kontrolu kriminality založenú na využívaní poznatkov získaných vedeckými

¹ Rock, P.: Introduction to Internal Law, Sixth edition, Londýn, Routhledge 1995, s. 210

² Kaiser, G. : Kriminologie 2. Munchen, 2000, Verlag Vahlen, str. 63

³ Schneider, H.J. Kriminologie, Berlín, New York, 1987, Valter de Gruyter

⁴ Kuchta, J. - Válková, H. a kol.: Základy kriminológie a trestnej politiky. Praha, C. H. Beck, 2005, s. 8 a nasl.

metódami a postupmi, najmä kriminologickým výskumom ",zahŕňajúce aj priame uplatňovanie trestnoprávných a súvisiacich noriem v praxi, vrátane snáh o zjednotenie tejto aplikačnej praxe. Ide pri tom aj o kontrolu sociálno-patologických javov, ktoré kriminalitu sprevádzajú alebo s ňou inak súvisia.⁵

Na účely skúmania trestnej politiky je potrebné rozlišovať trestnú politiku v širšom a užšom poňatí. Širšie poňatie zahŕňa do trestnej politiky všetky činnosti a opatrenia uplatňované zákonodarcami aj exekutívnymi orgánmi, štátnymi i neštátnymi organizáciami a hospodárskymi subjektmi i občianske aktivity, ktoré sú zamerané na kontrolu kriminality, jej potláčanie i prevenciu.⁶

Toto vymedzenie je pochopiteľne príliš neurčité, neumožňuje napr. odlíšiť opatrenia všeobecne politické od špecificky trestnopoliticky zameraných činností (napr. vypracovanie a presadzovanie štátneho rozpočtu je úlohou odborným a politickým, pričom však skladba a objem finančných prostriedkov a ich navrhované využitie vlastne predurčujú faktické možnosti špecifických trestnopolitických opatrení - ako príklad možno uviesť rozpočtové krytie výdavkov na trestnú politiku a políciu, alebo finančné zabezpečenie úloh rezortov pri riešení drogovej problematiky.

V tomto širšom poňatí sa tiež rozplývajú činnosti a opatrenia, ktoré síce vo svojich konečných dôsledkoch majú vplyv na stav kriminality a na jej vývoj a štruktúru (napr. úlohy pri výchove mladej generácie, opatrenia v sociálnej oblasti a pod), Ale ich primárne zameranie je na iné ciele, než na kontrolu kriminality. Súhrnne by teda bolo možné uviesť, že súčasťou všeobecnej politiky je trestná politika v širšom poňatí. Rozšírené vymedzenie trestnej politiky zahŕňa najmä trestné zákonodarstvo a aktivity aj opatrenia orgánov činných v trestnom riadení; aktivity ďalších subjektov iba v tom rozsahu, v akom sú priamo orientované na kontrolu kriminality či do trestnej oblasti.

Výstižné vymedzenie trestnej politiky preto podáva J. Musil, keď uvádza nasledovnú charakteristiku: Trestná politika, ako súčasť všeobecnej politiky, formuluje ciele a prostriedky spoločenskej kontroly kriminality pomocou trestného práva.⁷ Pre úplnosť dodajme, že v odbornej literatúre i v praxi sa tiež operuje s pojmami kriminálna a sankčná politika. Vzťah všetkých týchto pojmov je možné charakterizovať tak, že kriminálnou politikou

⁵ Kuchta, J. H. Váľková: Základy kriminologie a trestní politiky str. 342, Beck: 2005

⁶ Kunz, K. - L.: Súvislosti medzi kriminológiou a kriminálnou politikou a ich odlišnosti. Právník 1997, č 8, s. 673-692.

⁷ Musil, J.: Úloha trestnej politiky pri reforme trestného práva. Trestné právo 1998, č 1. s. 3-5.

možno rozumieť všetky opatrenia proti zločinnosti. Vo výpočte ďalších vymedzení trestnej politiky by bolo možné pokračovať vo význame:

- Súvislosť so všeobecnou politikou,
- Zameranie na kriminalitu aj na ďalšie sociálnopatologické javy, 8
- Súvislosť s trestnou legislatívou a systémom trestnej justície,
- Využívanie prostriedkov trestného práva,

Tieto prvky, ktoré možno extrahovať z uvedených definičných vymedzení trestnej politiky, avšak pre jej empirické skúmanie nepostačujú. Vychádzame zo samozrejmeho predpokladu, že pri tvorbe trestnej politiky je potrebné rešpektovať princíp legitimacy zákonodarnej a výkonnej moci. V Českej republike, ako demokratickom štáte, sú zákonodarné orgány periodicky volené, a tým je založená ich legitimita i všeobecná zodpovednosť za vytváranie trestnej politiky. Legitimita exekutívnych orgánov je daná (okrem toho, že pôsobí na základe zákona a v rámci zákonom vymedzených kompetencií) aj tým, že ich činnosť je kontrolovateľná a transparentná.⁹

Trestná politika štátu je vyjadrená najmä v jeho trestnej legislatíve v hmotnom práve aj v práve procesnom. Každý štát svojou trestnou politikou deklaruje úroveň ochrany základných ľudských a občianskych práv, ktorú je ochotný a schopný reálne zabezpečiť. Konceptné vymedzenie trestnej politiky obsahuje najmä tieto prvky: súvislosť so všeobecnou politikou, zameranie na kriminalitu aj na ďalšie sociálne patologické javy, súvislosť s trestnou legislatívou a systémom trestného súdnictva, využívanie prostriedkov trestného práva. Na vytváranie (formovanie) trestnej politiky sa okrem zákonodarných a exekutívnych orgánov podieľajú aj rôzne mimovládne organizácie. Značný vplyv majú médiá, najmä tlač a televízia, ktoré pôsobia na verejnú mienku o trestnej politike a na predstavy občanov o opatreniach proti kriminalite. Trestná politika štátu by tiež mala vyjadrovať konštanty, na ktorých je založená.

V demokratickom štáte sa uznáva legitímnosť pôsobenia ďalších subjektov na tvorbu trestnej politiky, ak rozvíjajú aktivity podložené odbornou (alebo

⁸ Musil, J.: Úloha trestnej politiky pri reforme trestného práva. Trestné právo 1998, č 1. s. 3-5.

⁹ Factum Invenio sro november 2006, veľkosť opýtaného súboru 1004 osôb (štandardné kvótny výber pre pravidelné prieskumy verejnej mienky - Omnibus).

morálnu, náboženskú a pod)autoritou. Môže ísť o rôzne mimovládne organizácie aj jednotlivcov.

V podmienkach Slovenskej republiky možno v súčasnosti pociťovať vplyv mimovládnych organizácií (NGO - non government organization) na trestnú politiku ako nie zanedbateľný. Je to dané zrejme tým, že NGO sa zamerali na rôzne súvislosti ochrany ľudských práv a slobôd a že dokázali pre svoju činnosť získať prostriedky aj zo zahraničia, odkiaľ tiež čerpali určitú inšpiráciu pre svoje aktivity. Podarilo sa tak postupne prekonať nedôveru k ich aktivitám zo strany štátnych orgánov a pôsobenie mimovládnych organizácií začalo byť chápané ako organická súčasť občianskej spoločnosti. Ich prínos pre tvorbu trestnej politiky možno vo všeobecnosti vidieť v tom, že ponúkajú mnohokrát nekonvenčné pohľady na spoločensky škodlivé javy, na ich príčiny i na možnosti prevencie, a v tom, že často disponujú informáciami a údajmi o výskyte týchto javov, ktoré sú exekutívnymi orgánmi len ťažko dostupné (napr. údaje o domácom násilí, o obchodovaní s ľuďmi a pod).¹⁰ Samostatnú kategóriu predstavuje tlač, televízia, rozhlas a ďalšie médiá pôsobiace na široký okruh ľudí a mnohokrát rozhodujúcim spôsobom ovplyvňujúce verejnú mienku v štáte. A tlak verejnej mienky, napr. rast represívnych nálad v spoločnosti v dôsledku strachu z kriminality, môže značne ovplyvňovať zákonodarcu pri schvaľovaní legislatívnych zámerov a koncepcií v trestnej oblasti a v trestnej politike obzvlášť.

Ako hromadný sociálny jav má kriminalita nepochybne aj značný politický potenciál v tom zmysle, že problematika jej obmedzovania a kontroly aj činnosť polície a efektívnosť justičného systému pri potláčaní zločinnosti a zaobchádzania s páchatel'ami a predstavy o vhodnosti riešení koncepčných i aktuálnych problémov v tejto oblasti sa stávajú súčasťou programov politických strán.

Formulovanie trestnej politiky sa tak stáva aj predmetom politického súperenia. Významným komponentom trestnej politiky je hodnotenie jej efektívnosti. Kritériá efektívnosti však nie sú jednoznačné, pretože v etiológii zločinnosti sa uplatňuje rad rôznych faktorov. Okrem obvyklého indikátora efektívnosti, akým je rast a pokles kriminality (získovanie dynamiky a štruktúry kriminality), je nevyhnutné zohľadniť aj výskyt recidív (efektívnosť zaobchádzania s páchatel'ami), výšku nákladov na boj so zločinnosťou (rozpočtové náklady na činnosť polície, súdov, na väzenstva, na odškodňovanie obetí), je nutné prihliadať aj na skutočnosť, že časť populácie (kriminálna kontingent) sa nezúčastňuje na tvorbe národného dôchodku ("cost of crime" v širšom zmysle) apod.

¹⁰ Factum Invenio s. r. o. listopad 2006, veľkosť dotazovaného souboru 1004 osob (standardní kvótní výběr pro pravidelné průzkumy veřejného mínění - Omnibus).

Na IV. konferencii Európskej kriminologickej spoločnosti (Amsterdam, august 2004) bolo upozornené aj na ďalšie kritériá efektívnosti trestnej politiky, akými sú jej ohlas v médiách a akceptácia konkrétnych trestnopolitických opatrení verejnosťou. Pre ilustráciu tohto prístupu možno spomenúť výsledky aktuálneho prieskumu verejnej mienky v ČR, keď z celkového počtu 10048 6 respondentov na otázku, či si myslia, že sú informovaní o opatreniach, ktoré sú v Českej republike vykonávané k obmedzovaniu kriminality, iba 6,2% odpovedalo jednoznačne kladne, 22,9% uviedlo, že sú čiastočne informovaní, 39,1% uviedlo, že majú skôr nedostatok informácií a 25,6% jednoznačne chýbajú informácie o opatreniach na obmedzovanie kriminality (6,3% uviedlo, že nevie alebo otázku nevie posúdiť). Uvedené výsledky naznačujú, že občania SR nemajú dostatok informácií o vykonaných opatreniach proti zločinnosti v našej spoločnosti, čo môže mať značný vplyv na ich akceptácii trestnej politiky štátu, na ich vzťah k polícii i k trestnej justícii všeobecne. To, čo ľudia o trestné politike vedia a ako to, čo poznajú, hodnotí, určuje tiež úroveň ich právneho vedomia.

Trestná politika v SR

Trestná politika v Slovenskej republike je založená na tradičnom kontinentálnom trestnom procese a na pomerne rigidnej hmotnoprávnej a procesnej úprave, ktorá poskytuje len obmedzený priestor súdom, prokurátorom i policajným orgánom pre voľnú úvahy pri hľadaní najvhodnejších postupov pri riešení trestných vecí nielen v záujme spoločnosti, ale aj obetí a páchateľov. Je však zrejmé, že aj trestná politika SR je ovplyvňovaná súčasnými trendmi existujúcimi v ostatných európskych demokratických krajinách, ako je najmä rozširovanie alternatívnych trestov a možnosťou odklonov v trestnom konaní. Do slovenskej justície teda postupne prenikajú aj prvky reparačnej justície a niektoré reparačné postupy a metódy sú už legislatívne zakotvené.

Zásadným problémom zostáva skutočnosť, že reparačné prístupy je možné aplikovať len vo vhodných prípadoch (vzhľadom na osobu páchateľa, závažnosti trestného činu, k situácii obete), zatiaľ čo trestné justície musí reagovať na všetky spáchané trestné činy. Niektoré reparačné metódy pritom vôbec nemôžu prichádzať do úvahy. Na druhej strane však koncept reparačnej justície prináša rad možností ako skutočne diferencovať a individualizovať nielen ukladané sankcie (čo je požiadavkou všetkých penologických teórií), ale ako individualizovať aj spôsob prerokovania spáchaného deliktu, teda ako diferencovať aj trestné proces. Nepôjde teda len o známe opatrenia na zrýchlenie a zjednodušenie trestného konania pri prerokovávaní menej závažných prípadov, ale o možnosť plne zohľadniť špecifickú situáciu páchateľa i obete.

Nová realita života súčasnej doby stavia do iného svetla aj niektoré tradičné princípy trestného súdnictva. Asi si musíme pripustiť, že moderné teórie filozofické, sociologické, politologické a ďalšie spôsoby nazerania sveta budú ovplyvňovať naše predstavy o práve a spravodlivosti, ktoré doteraz v podstate vychádzajú z myšlienkového podhubie 18. - 19. storočia. Spravodlivosť bude možno potrebné považovať nie za ideu, či morálny a filozofický postulát, ale ako osobný pocit (to, čomu sa v anglosaskej právnej teórii hovorí *personal feeling justice*). To by potom mohlo prinášať napr. nové chápanie klasického princípu primeranosti trestu. Pretože ujma spôsobená trestom je individuálne vnímaná, ukladaný trest by mal byť primeraný morálnym hodnotám páchateľa.

Na druhej strane však súhrn vnímanie spravodlivosti jednotlivými subjektmi odráža hodnotový systém danej komunity. Z tohto aspektu je závažnosť (škodlivosť) spáchaného činu samozrejme ďalším relevantným kritériom primeranosti trestu.

Trest by teda mal byť chápaný predovšetkým ako prostriedok na to, aby si páchateľ uvedomil škodlivosť svojho konania, a tým bol motivovaný na odstránenie alebo zmiernenie následkov spáchaného činu. Kriminológiu, ktorá aj napriek všetkej oprávnenej skepse neopúšťa ideu resocializácia páchateľov, sa bude musieť zrejme hlbšie zaoberať reálnymi možnosťami sankčnej politiky, a to i z hľadiska uvedenej problematiky chápanie spravodlivosti a percepcie trestov.

Trestná politika by sa mala výraznejšie orientovať tak, aby kompenzácie spôsobenej škody a satisfakcia obetiam trestného činu mala rovnakú váhu ako ochrana spoločnosti. V systéme nášho kontinentálneho práva by bolo tiež vhodné snažiť sa o rozširovanie priestoru pre uplatňovanie princípu korektnosti a priestoru pre diskrečné právomoci všetkých orgánov činných v trestnom konaní. Možno sa potom dospeje i k ozajstnej diferenciacii a individualizácii trestania a zaobchádzania s páchateľmi.

Pojem trestná spravodlivosť

Trestná spravodlivosť, teda nazerania na primeranosť a vhodnosť spoločenskej reakcie na spáchaný trestný čin, je historicky a kultúrne podmienená. Líšia sa v jednotlivých kultúrno-civilizačných oblastiach a mení sa aj v priebehu času.

Dávne chápanie trestnej justície tak, ako o ňom máme overiteľné historické doklady, spočívalo na odplate a vyrovnaní. Známy princíp "oko za oko, zub za zub" vyjadruje nielen zámer spôsobiť páchateľovi rovnakú ujmu, akú spôsobil svojej obeti, ale obsahuje aj snahu "vyrovnať" situáciu páchateľa a poškodeného. Toto vyrovnanie však bolo možné v určitých prípadoch

dosiahnuť aj nepriamo, teda kompenzáciou (poskytnutím adekvátneho odškodnenia). To je podstata rôznych možností "vykúpenie sa z trestu", teda možnosti vyhnúť sa odplate zaplatením náhrady (odškodného) obeť.

Tieto postupy boli chápané ako "spravodlivé", teda ako prijateľné a vhodné vo väčšine známych civilizačných okruhov, a to v rôznych etapách ich kultúrneho vývoja. Modalita tohto konceptu trestnej justície sa prejavovali skôr v procedúrach (mali teda skôr "procesný charakter"), napríklad v rôznych kultúrnych a náboženských zvyklostiach, podľa ktorých boli prerokované jednotlivé delikty a bolo zaobchádzané s ich páchatelmi. Kompetencie k prejednávaniu rôznych deliktov prešli v priebehu časov radikálnymi zmenami.

V pôvodnej podobe boli tieto kompetencie zrejme ponechané najužšiemu okruhu rodiny (to je základom doteraz prežívajúcej krvnej pomsty) alebo starešinov rodu alebo zboru predstaviteľov kmeňa. Tak ako sa vyhaňovala moc jednotlivých subjektov (náčelníkov, vládcov apod.), riadiacich a rozhodujúcich všeobecné i čiastkové záležitosti danej ľudskej pospolitosti (komunity), pričom táto moc bola často zdôvodňovať a zaručená náboženskú autoritou, obmedzovala sa zároveň možnosť priamych účastníkov daného konfliktu (deliktu) rozhodnúť vec podľa predstáv a záujmov obeť.

Postupom času stratili jednotlivé delikty "súkromnoprávny charakter", prestali teda byť primárne záležitosťou medzi vinníkom a poškodeným, a štát (najprv absolutistický panovník, neskôr iné subjekty - inštitúcie, na ktoré panovník delegoval svoju právomoc) si plne vytvoril trestný monopol.¹¹ V Európe tento vývoj nadobúdala špecifických črt v priebehu 11. a 12. storočia, tak ako sa postupne formovali jednotlivé štátne útvary a upevňovala moc panovníkov a cirkvi. Spočiatku si vznikajúce štátne moc vyhradila právo stíhať len najzávažnejšie činy, ohrozujúce moc panovníka alebo štátne náboženstvo. Postupne sa monopol štátu rozšíril na všetky delikty a trestné činy sa plne dostali do sféry verejného práva. Súčasťou tohto trestného monopolu sa stalo aj výlučné oprávnenie štátu koncipovať trestnú politiku a realizovať ju svojimi mocenskými prostriedkami. Tento vývoj vyvrcholil v priemyselne rozvinutých európskych krajinách približne v 19. storočí a bol odrazom celkového nazerania na úlohu štátu a súčasťou filozofického a politického myslenia tej doby. V druhej polovici 20. storočia sa dostala do popredia otázka, či štandardné systémy trestnej justície náležite reflektujú potreby obetí trestných činov a či dostatočne zaisťujú ochranu ich práv. Rozvíjajú sa rôzne viktimologicky orientované prístupy k problematike trestania a

¹¹ Rock, P.: The opening stages of criminal justice policy making. The British Journal of Criminology, Vol.35,

č.1/ 1995, str.1-16

zaobchádzania s páchatel'mi, ktoré usilujú o zlepšenie postavenia obetí v trestnom procese a o účinnejšie zabezpečenie ich práv na odškodnenie ujmy, ktorú utrpeli v dôsledku trestného konania páchatel'a, a dosiahnutie primeranej satisfakcie. Formuluje sa reštitučná (kompenzačná) penologická teória trestania, ktorá zdôrazňuje, že trest má predovšetkým umožniť, aby obeť trestného činu bola nahradená (kompenzovaná) všetka škoda, a to nielen materiálna, ale aj ďalšie škody, ktorú utrpela v súvislosti s konaním páchatel'a. Ustupuje teda záujem na potrestaní páchatel'a a prednosť má ochrana záujmov poškodených osôb. Trest, ktorý je páchatel'ovi uložený, a spôsob jeho výkonu má umožniť, aby medzi páchatel'om a jeho obeťou (a v širšom zmysle vo vzťahu k celej spoločnosti) došlo k obnove sociálnych vzťahov, narušených spáchaným trestným činom.¹² Podobný prístup presadzuje teória "sociálnej ochrany" (Marc Ancel), ktorá v rade smerov oprávnene poukazuje na obmedzené možnosti trestnej justície pri potláčaní kriminality aj na limity, ktoré má trestné právo ako regulátor správania a konania ľudí. Formálne právne porady trestného činu, teda zistenie, či dané správanie napĺňa všetky znaky skutkovej podstaty, zhodnotenie trestnej zodpovednosti páchatel'a a uloženie trestu, nevedie podľa tejto teórie k skutočnej ochrane spoločnosti, pretože nemotivuje páchatel'a, aby si uvedomil morálnu dimenziu svojho činu, porozumel jeho spoločenské škodlivosti, pochopil konkrétne následky trestného konania, ktoré poškodzujú obeť aj ďalšie osoby, a snažil sa ich odčiniť.

Základné princípy trestnoprávnej politiky

Princíp teritoriality

Základným pilierom trestnej jurisdikcie z hľadiska miestnej pôsobnosti právneho poriadku je vo všeobecnom meradle princíp teritoriality, kedy sa právna úprava vzťahuje na všetky osoby nachádzajúce sa na území daného štátu alebo jeho časti, teda v priestore vytýčený štátnymi hranicami. Je to medzinárodné právo, ktoré tento princíp obmedzuje vo vzťahu k určitým osobám, ktoré požívajú výsady a imunity zakotvené v medzinárodných zmluvách, ako sú vrcholní predstavitelia cudzích štátov, ich diplomatickí zástupcovia, poľahmo špecifické subjekty v podobe zahraničných ozbrojených jednotiek, ich plavidiel alebo lietadiel, ktoré sú z právomoci trestných orgánov vyňaté. Stále vyvíjajúce sa prostriedky na páchanie trestnej činnosti vedúce k možnostiam oddelenia miesta konania páchatel'a od miesta, kde nastane škodlivý následok protiprávneho deju, viedol k rozdeleniu teritoriality na jej subjektívne a objektívne zložky, kedy bude právnemu poriadku čiastkovým poľom aj také konanie, ktorého následky

¹² Schwind, H.-J.: Kriminologie. 13. vydání. Heidelberg, Kriminalistik Verlag, str. 15 (cit dle o uvedeného v pozn. 5)

nastanú, hoci z časti v inom štáte (subjektívny teritorialita), alebo naopak bude stíhaný páchatel' rokovaní v zahraničí, ak jeho následok nastal v dotknutom štáte (objektívne teritorialita). V neposlednom rade sa potom princíp teritoriality rozširuje aj na mimoriadne miesta, ktorým je prenesene podradenie štatút štátneho územia, hoci sa nachádzajú mimo vlastné teritórium domovského štátu. Ide o problematiku možného deliktneho rokovaní na palube lodí či lietadiel. Tieto dopravné prostriedky sú chápané ako plávajúce či vznášajúce sa územia, a to v prípade ich štátnu nekomerčného charakteru vždy, v ostatných prípadoch potom za predpokladu, keď sú riadne registrované v zákonom predpísaných registroch domovského štátu (princíp vlajky alebo tiež imatrikuláciu).

Princíp personality a ochrany

Ako už bolo uvedené, kľúčovou osobou celej problematiky je páchatel' trestného činu, a preto aj z hľadiska pôsobnosti trestných predpisov je potrebné zvažovať jeho viazanosť k štátnemu územia, najmä v podobe inštitútu štátneho občianstva. Hoci moderné demokratické štáty stavajú svoju jurisdikciu v prvom rade na vyššie uvedenej teritorialitě, je potrebné upraviť aj otázku postavenia páchatel'a a právomoci trestných orgánov voči nemu, najmä ak ide o vlastného štátneho príslušníka. Je teda s ohľadom na proklamované teritoriality bez debát možnosť stíhať v súčasnosti akúkoľvek osobu, ktorá sa na území daného štátu dopustila konania, ktoré napĺňa znaky skutkovej podstaty trestného činu, či už ide o vlastného občana alebo osobu s cudzou štátnou príslušnosťou (mimo uvedenej výnimky v prípade výsady a imunity podľa medzinárodného práva). V každom prípade je ideálnym riešením každého trestného stíhania, aby sa uskutočnilo na tom území, kde sa páchatel' dopustil trestného činu, pretože táto situácia väčšinou poskytuje záruku najjednoduchšieho a tiež najviac spravodlivého prejednanie celej veci. Ak sa však páchatel' vymaní z jurisdikcie príslušného štátu, možno, ako bude poukázané v nasledujúcich kapitolách, plniť účelu trestného poriadku, či už v podobe možnosti stíhať osobu mimo územia, kde bol trestný čin spáchaný, alebo ju získať do právomoci pôvodného štátu späť.

Rad štátov tak umožňuje stíhať vlastných aj cudzých občanov pre ich delikty rokovania v zahraničí na základe ďalších princípov - personality, ochrany, univerzality. Prvý menovaný predstavuje možnosť štátu prerokovať trestné činy, ktorých sa dopustia jeho vlastný občania v zahraničí. Ako bolo uvedené, cielenejším riešením je vždy postihnúť dané rokovanie priamo na teritóriu, kde k nemu došlo, však pre značné rozdiely v trestnoprávných úpravách nie je takýto postup vždy reálny. Personality potom umožní, aby najmä rokovania občana, ktorého sa dopustil v inom štáte, ktorý dané rokovania nekriminalizuje, bolo postihnuté v domovskom štáte. Prevláda teda idea, že záujmy a práva chránené trestným kódexom štátu, ktorého je páchatel' občanom, a je daný preto predpoklad, že tieto pozná a je si vedomý následkov ich porušenia, musí byť chránená kdekkoľvek na svete, bez ohľadu, či iné štáty tak urobia alebo nie. Štát tu

vystupuje nie ako garant práv vlastných občanov, ale aj strážcu dodržiavania ich povinností a bránia do istej miery "trestné turistike". Pochopiteľne je však potrebné posudzovať vždy obzvlášť opatrne konkrétny stupeň nebezpečnosti činu pre spoločnosť, keď v niektorých prípadoch možno nájsť v miestnych pomeroch, tradíciách či právnych i neprávnych normách dôvod beztrestnosti. Princíp vo vyššie uvedenom poňatí, kedy v podstate zo strany štátu dochádza k ochrane cudzích záujmov pred útokmi jeho vlastných obyvateľov, je označovaná ako personalita aktívny. Vedľa nej sa objavujú tiež snahy o vymedzenie jej pasívnej podoby. Táto však, oproti predchádzajúcemu prípadu, je po stránke teoretickoprávnej aj praktickej ďaleko viac problematická. Predpokladá totiž možnosť sankcionovať konania, ktorého sa dopustil svojím konaním v zahraničí cudzí štátny príslušník voči občanovi stíhajúceho štátu.

Podľa niektorých názorov je takáto pasívne personalita vyčlenená ako samostatný princíp, u iných autorov patrí do rámca princípu ochrany (princíp reálny), keď štát uplatňuje svoju právomoc z dôvodu porušenia jeho osobitne dôležitých záujmov vnútornej a vonkajšej bezpečnosti a trestné stíhanie nie je možné z hľadiska predchádzajúcich princípov teritoriality a personality, pretože páchatel' nie je štátnym občanom príslušného štátu a svojho konania sa dopustil mimo jeho územia. Vo vlastnej praxi možno nájsť podobný dualizmus, keď niektoré štáty výslovne odlišujú trestné činy smerujúci jednak voči ich občanom a ďalej proti verejným záujmom štátu ako takého (napr. trestné činy vyzvedačstva, sabotáže alebo útoku na verejného činiteľa). Príkladom v rámci EÚ sú v tomto ohľade Francúzsko (čl.113-7, čl.113-10 trestného zákona), Švédsko (hlava II, čl.3 trestného zákona) alebo v menšom rozsahu Fínsko (čl.hlava I, čl.3, 5 Trestného zákona). Naopak iné štáty sa odklonili od ochrany svojich verejných záujmov v zahraničí v trestnoprávnej rovine a túto venujú iba vlastným občanom (napr. Slovensko, § 5 Trestného zákona), zatiaľ čo ďalšie (medzi nimi aj Česká republika, § 19 Trestného zákona), síce *expressis verbis*, neuvádzajú v zákonných ustanoveniach možnosť stíhanie páchatel'a rokovaní, ktorého obeťou sa v zahraničí stal ich občan, ale táto skutočnosť je ošetrená v prípade akejsi subsidiárnu kategórie princípe univerzality (§ 20 slovenského Trestného zákona). Vo všetkých prípadoch však panuje jednota v predpokladoch, za ktorých možno užiť pasívnej personality voči páchatel'ovi, a tou je predovšetkým obojstranná trestnosť a často aj stupeň nebezpečnosti predmetného správania, keď pasívne personalita pokrýva prevažne zvlášť nebezpečná rokovaní.

Princíp univerzality

Princíp univerzality ako posledný z článkov určenie miestnej pôsobnosti trestných kódexov stojí na myšlienke ochrany najzákladnejších hodnôt

uznávaných všetkými civilizovanými členmi medzinárodného spoločenstva, obsiahnutých prevažne v textoch medzinárodných zmlúv. Dochádza tak k vylúčeniu pevnej väzby medzi štátnym suverénom a jeho územím, respektíve občanov, keď trestnú jurisdikciu možno v tomto prípade uplatniť aj proti osobe, ktorá je občanom cudzieho štátu, poprípade je bez štátnej príslušnosti, ale v zahraničí má svoje trvalé bydlisko a trestný čin, ktorého sa mala dopustiť, bol spáchaný aj na cudzom území. Cez spomínanou obtiažnosť dosiahnutie zhody medzi členmi medzinárodného spoločenstva, čo do obmedzenia suverenity štátu v otázkach trestného práva, panuje v určitej oblasti najzávažnejších porušení všeobecný konsenzus potreby stíhať ich páchatel'ov, nech sa nachádzajú kdekoľvek. V tomto smere je potrebné zdôrazniť striktné rozlíšenie medzi tradičnou univerzalitou a jej odvodenú, subsidiárnu formou.

Univerzalita tak, ako je na nej človek chápaný vyššie, vedie k možnosti trestného stíhania osoby bez ohľadu na to, či štát, ktorému táto primárne podlieha, kriminalizuje jej rokovania. V danom ohľade preto medzinárodné spoločenstvo vytvára skupinu rokovaní (typicky napr. trestné činy genocídy, perzekúcie obyvateľstva, trestné činy spáchané vo vojnovom stave a v jeho súvislosti), ktorá pre svoju vysokú nebezpečnosť odhliada od skutočnosti, že ak by sa ho osoba dopustila vo svojom domovskom štáte, nemusela by byť vôbec postihnutá. Obojstranná trestnosť tak nie je v prípade tradičnej univerzality nevyhnutnou podmienkou. Takýto prístup môže samozrejme pôsobiť kolíziou s ústavnými princípmi niektorých štátov, najmä zachovaním právnej istoty, hoci možno zároveň povedať, že pôjde v drvivej väčšine o štáty totalitárne, ktoré sa samy, respektíve ich mocenská predstavitelia, takéhoto konania voči vlastnému obyvateľstvu, národnostným či iným menšinám alebo aj obyvateľstvu iného štátu dopúšťajú. Subsidiárna univerzalita naproti tomu stavia výlučne na zásade obojstrannej trestnosti predmetného rokovania. Z tradičného chápania univerzality je tak zachovaná možnosť posúdiť trestnosť činu spáchaného v cudzine cudzím štátnym príslušníkom, aby boli dotknuté akékoľvek výhradné záujmy rozstrekujú štátu alebo jeho občanov, ale ďalej pristupuje už citovaný požiadavku obojstrannej trestnosti ako v domovskom štáte, tak na území, ktorého trestný kódex je aplikovaný a pochopiteľne zásadný predmet, ktorá s takýmto stavom súvisí, teda, že páchatel' bol v aplikujúci štát dolapený a nebol odovzdaný na trestné stíhanie do cudzieho štátu.

Formy obmedzenia trestnej jurisdikcie

Vyššie spomínaná problematika jurisdikcie štátu v oblasti trestného práva priamo nadväzuje na pozície a podmienky štátov, pri jej možnom prenose na iného územného suveréna. Takéto prenesenie suverenity na iný subjekt je všeobecne delené do troch základných rovín, keď nie všetky sú štátmi všeobecne prijímané.

Jedná sa o:

spoluprácu dvoch a viacerých štátov na základe medzinárodnej zmluvy o právnej pomoci v trestných veciach, postúpenie určitých právomocí medzinárodnej medzivládnej organizácii, alebo spoluprácu v rámci nadnárodného systému a tvorbu jednotnej právnej úpravy. Ako najmenej problematická je v súčasnosti možnosť obmedzenia trestnej jurisdikcie v prospech iného štátu za situácie, keď obe strany majú uzatvorenú medzinárodnú zmluvu, ktorá upravuje ich vzájomnú pomoc v trestných veciach, najčastejšie v podobe vydanie osoby do cudziny alebo odovzdania trestné veci do cudziny. Ide vždy o vzdanie sa vlastnej suverenity pre konkrétny prípad, kedy je na zvážení justičných alebo správnych orgánov, či k obmedzeniu dôjde a v budúcnosti bude iný prípad posudzovaný úplne nezávisle na predchádzajúcich rozhodnutiach. Pomerne zložitejší je prístup štátov voči zostávajúcim dvom formám obmedzenia jurisdikcie, ktorú predstavuje presunutie niektorých právomocí na medzinárodnú organizáciu, respektíve v prípade európskej integrácie na organizáciu nadštátnej. V tomto momente sa totiž vystavujú "nebezpečenstvo" straty ďalšieho vplyvu na posudzovanie vecí do budúcnosti. Ľahšie je situácia u posledne menovaných subjektov, teda medzinárodných organizácií. Tie sú ako odvodené subjekty medzinárodného práva bytostne závislé na vôli svojich členských štátov, najmä v prípade ďalšieho rozširovania pôsobnosti danej medzinárodnej organizácie. Akékoľvek iné práva je potrebné znovu odsúhlasiť členskými krajinami, a to prevažne v podobe jednomyselného konsenzu.

Hoci teda umožňuje existencie medzinárodných organizácií, ktorých najtypickejšími predstaviteľmi sú medzinárodné tribunály, rozšírenie výkonu spravodlivosti, ich najväčšia nevýhoda splýva so všeobecnými poznatkami uzatváranie medzinárodných zmlúv, ako aj všeobecnú charakteristikou medzinárodného práva verejného, kde je treba počítať s pomalým tempom procesu zmien zmluvných dokumentov, frekvenciou výhrad a dodatkov, ktoré brzdia vlastný cieľ každej oblasti medzinárodného práva. Nie inak je tomu aj u medzinárodného práva trestného. Treba si uvedomiť, že aj tu, rovnako ako je tomu v prípade vnútroštátneho trestného práva, reaguje medzinárodné spoločenstvo väčšinou až na vzniknuté problémy, ktoré treba riešiť.

Základné východiská trestnej politiky

Spravodlivosť predstavuje trvalú hodnotu, pretože vyjadruje túžbu človeka nájsť zmysel života. Polemiky a diskusie okolo hodnoty spravodlivosti sa markantným spôsobom dotýkajú aj trestného práva. C. Beccaria, známy právnik, filozof, literát a ekonóm sa preslávil najmä svojím dielom *Dei delitti e della pene* (O zločinoch a trestoch), v ktorom jasne vystupuje proti akejkoľvek forme tyranie, presadzuje zrušenie trestu smrti, zdôrazňuje právo na slobodu a ľudskú dôstojnosť. Propagoval vzdelanosť ako najefektívnejšiu prevenciu proti zločinnosti. Svojím prístupom podnietil reformy právneho systému, ale i trestného práva. Podľa Beccaria, aby „každý trest nebol násilím jedného človeka alebo mnohých ľudí na

jednotlivom občanovi, musí byť hlavne verejný, rýchly, nevyhnutný, najnižší z možných za daných okolností, únosný zločinom, diktovaný zákonmi“¹³. Je všeobecne známe, že Beccaria bol veľkým odporcom trestu smrti, o ktorom sa vyjadroval veľmi jasne v tom zmysle, že je lepšie zločinom predchádzať, ako ich trestať. Ako možno podľa Beccaria predchádzať zločinom? Ako ich trestať? Domnieval sa, že jedine tak, „ak budú zákony jasné a jednoduché, aby sa celá sila národa sústredila na ich ochranu“¹⁴. Vyzýval, aby svetlo sprevádzalo slobodu. Verejným záujmom podľa neho je nielen to, aby sa zločiny nepáchali, ale aj to, aby boli zriedkavejšie, pokiaľ ide o mieru zla, ktoré spôsobujú spoločnosti.¹⁵ Spravodlivosť v trestnoprávnej teórii sa skloňuje najmä v úzkej súvislosti s problematikou sankcií. Tradičným normatívnym východiskom býva § 23 Trestného zákona (zák. č. 140/1961 Zb. v znení neskorších predpisov), pojednávajúci o účele trestu. ¹⁶ Úvahy o ňom sa väčšinou končia jeho označením za odraz relatívnych koncepcií trestania v legislatíve. ¹⁷

Málokto však pri tej príležitosti voči nemu nevznesie námietku zastaranosti. Argumentuje pritom najčastejšie faktom, že v danom paragrafe úplne absentuje viktimologický uhol pohľadu na danú problematiku. O význame, aký sa v súčasnosti dáva zaobchádzaniu s obeťami zločinu a ochrane ich záujmov, pritom svedčí i tá skutočnosť, že garancia „primeranej satisfakcie obetiam trestných činov“ bola proklamovaná ako jeden z hlavných cieľov rekodifikácie Trestného zákona v SR. ¹⁸Výstižnejším príkladom reakcie na tento celosvetový trend je však obohatenie slovenského trestného procesu o také inštitúty, akými sú zmier či podmienené zastavenie trestného stíhania, ku ktorému došlo v deväťdesiatych rokoch minulého storočia. Korene možno hľadať v relatívne novom ideovom koncepte tzv. obnovujúcej trestnej spravodlivosti. Práve v ňom vidí čoraz viac odborníkov východisko

¹³ BECCARIA, C.: O zločinoch a trestoch. Bratislava, 2009, s. 23.

¹⁴ Tamže, s. 42.

¹⁵ Tamže, s. 42.

¹⁶ Rekodifikovaný Trestný zákon (zák. č. 300/2005 Z. z.) už obdobné ustanovenie neobsahuje

¹⁷ Trest nemá byť len odplatou spoločnosti za spáchaný trestný čin, ale má plniť i ďalšie funkcie (rehabilitačnú vo vzťahu k páchatelovi, kompenzačnú vo vzťahu k poškodenému, ochrannú vo vzťahu

k spoločnosti či preventívnu vo vzťahu k páchatelovi i ostatným členom spoločnosti). Bližšie:

KARABEC, Z.: Účel trestání. In: Kriminalistika, č. 3/2000, s. 108 – 117.

¹⁸ Legislatívny zámer Trestného zákona a Trestného poriadku schválený uznesením vlády SR č. 385

z 31. mája 2000, s. 2.

zo súčasných problémov trestnej politiky.¹⁹ Odborné i laické diskusie o úspešnosti trestnej politiky vychádzajú väčšinou zo všeobecne prijatých, ale aj celosvetovo platných tvrdení o čoraz rýchlejšom raste kriminality a veľmi znepokojujúcich zmenách jej štruktúry.

Od toho je už len krôčik k požiadavke vyriešiť tento čoraz závažnejší celospoločenský problém podľa možnosti čo najskôr a čo najúčinnnejšie. Pátranie po tom „najlepšom recepte“, ako vidíme, však nie je vôbec jednoduché. Niektorí vidia liek v zostrovaní trestnej represie (kriminalizácia nových foriem nežiaducich konaní, sprísňovanie trestných sankcií, využívanie všetkých dostupných foriem postihu), iní v humánnejšom zaobchádzaní s páchatel'mi (napr. ich zapájanie do rôznych rehabilitačných programov). V poslednom období však silnejú i hlasy hovoriace o kríze prevládajúcej koncepcie tzv. odplatnej trestnej spravodlivosti (retributive justice) a o potrebe nájsť jej vhodnú náhradu. Argumentujú pritom anachronickosťou jej kľúčovej idey – trestného monopolu štátu. Názor, že i subjektmi základného trestnoprávneho vzťahu sú páchatel' a štát, sa považuje za prekonaný. Dokonca v ňom vidia príčinu väčšiny ťažkostí štátneho represívneho aparátu, ktorých sme v súčasnosti svedkami. K najzávažnejším z nich patrí zvyšujúce sa zaťaženie súdnictva. Vnímanie zločinnosti ako jedného z veľkých negatív súčasnosti celkom logicky vyvoláva snahu rýchlo a efektívne sa s týmto javom vysporiadať. Dostávame sa do dilemy, ako predísť zbytočným priesťahom v konaní a zároveň zachovať garancie práv všetkých procesných subjektov?

V prvom rade ide o primerané zaistenie práv a oprávnených záujmov všetkých tých, ktorí boli trestným činom akokoľvek dotknutí. Rovnako dôležité však sú i záujmy obvinených, na ktorých treba v duchu uznávaného princípu prezumpcie neviny až do okamihu právoplatnosti odsudzujúceho rozhodnutia nezávislého a nestranného súdu hľadiť ako na nevinných. I v takejto situácii štát nemôže rezignovať na zaistenie riadneho trestného procesu (fair trial), ktorého výsledkom bude súdne rozhodnutie vyhovujúce tým najprísnejším kritériám vecnej správnosti a spravodlivosti. Podstata spočíva v zistení skutkového stavu veci, ktorý čo najviac zodpovedá reálnemu priebehu konkrétneho skutku. V tejto súvislosti je dôležitá správna právna kvalifikácia skutku. Ak hovoríme o spravodlivosti, máme na mysli

¹⁹ Trestnou politikou sa rozumie časť politiky, ktorá formuluje opatrenia spoločenskej kontroly kriminality, využívajúc pritom prostriedky trestného práva. V tejto súvislosti sa možno stretnúť s pojmami

„kriminálna politika“ (zahŕňa všetky opatrenia proti zločinnosti, nielen trestnoprávne) a „sankčná politika“ (zaoberá sa problematikou účelu trestania, systému trestných sankcií a ich uplatňovania).

KARABEC, Z.: Možnosti sankční politiky. In: Kriminalistika, č. 3/2001, s. 162.

najmä primeranosť uloženej sankcie vo vzťahu ku všetkým okolnostiam spáchaného činu, k osobnosti páchatel'a a k záujmom poškodeného. 20

Iba za takýchto podmienok možno totiž očakávať skutočné akceptovanie rozhodnutia súdu zo strany dotknutých osôb i širšej verejnosti. Dôležitá je i potreba uplatňovať prostriedky trestnej represie iba vtedy a tam, kde jednoduchším a menej formálnym spôsobom nemožno dospieť k všeobecne prijateľnému riešeniu, ktoré rešpektuje verejný záujem na ochrane spoločnosti pred trestnými činmi a ich páchatel'mi.

Niektorí upozorňujú, že odplatná trestná spravodlivosť prehliada potreby a želania obete. Časť teoretikov hodnotí uvedený stav ako „krízu trestnej politiky“ a uvažuje o jej náhrade.²¹ V súčasnej trestnoprávnej teórii sa kryštalizujú dva spôsoby reakcie na naznačené ťažkosti s uplatňovaním odplatnej trestnej spravodlivosti.

1. zlepšovanie materiálneho a personálneho zabezpečenia orgánov činných v trestnom konaní a súdov,
2. znižovanie počtu trestných vecí, ktoré sa stanú predmetom tradičného trestného procesu.

To možno dosiahnuť dekriminalizáciou a depenalizáciou niektorých činov označených zákonodarcom za trestné. Vyššia efektivita trestného práva naznačená v prvom bode nespočíva len v „mechanickom“ zvyšovaní počtu osôb, ktoré tvoria personálnu základňu orgánov činných v trestnom konaní. Nevyhnutnosťou sa stáva i odbremenenie sudcu od administratívno-technických prác, ktoré ho odpútavajú od rozhodovacej činnosti a podieľajú sa svojím spôsobom na znižovaní kvality jej výsledkov.

V oblasti teórie a praxe sa za dôležitejšie považuje postupovať podľa druhého bodu v duchu chápania trestnej represie ako najkrajnejšieho prostriedku právnej ochrany. V tejto súvislosti je potrebné zvážiť, ktoré protispoločenské konania sú natoľko závažné, že ich páchatelia musia byť sankcionovaní podľa Trestného zákona. Je potrebné sa zamyslieť, či neexistujú trestné činy menšej závažnosti, ktoré by bolo možné úplne vyňať zo sféry trestnej spravodlivosti a dekriminalizovať ich alebo či nemožno uvažovať o zmiernení sankcií ukladaných za niektoré trestné činy, t. j. o depenalizácii trestného činu ako konfliktu medzi fyzickými osobami, ktorý možno vyriešiť iba obnovou stavu, existujúceho v danom sociálnom spoločenstve pred jeho spáchaním.

²⁰ LATA, J.: Účel trestu a jeho spravodlnosť. IV. časť. In: Trestní právo, č. 5/2001, s. 16 a n.

²¹ Bližšie: SOTOLÁŘ, A. – VÁLKOVÁ, H., op. cit. v pozn. č. 10, s. 618 a n.

Úspešnosť trestnej politiky sa nemeria počtom potrestaných páchatel'ov ani prísnosťou uložených trestov, ale mierou uspokojenia poškodených. V konečnom dôsledku to prispieva i k postupnej zmene náhľadu na spravodlivosť ako takú.

V čom vidíme pozitíva donucujúcej trestnej spravodlivosti?

Najmä v rozšírení možnosti individuálne pristupovať ku každému páchatel'ovi, a to nielen pri ukladaní sankcie, ale v celom procese skúmania motívov, príčin a podmienok jeho trestnej činnosti; v zapojení obetí a ich širšieho sociálneho okolia do hľadania riešenia trestnej veci a vo väčšej miere akceptácie konečného rozhodnutia; v pozitívnej motivácii páchatel'a k životu v súlade s právom a zníženie indexu recidívy a zlepšenia prevencie kriminality; v zrýchlení trestného konania spôsobeného aj tým, že pomalý a nákladný štandardný proces bude treba vykonať iba v skutkovo a právne zložitých prípadoch.

Negatíva obnovujúcej trestnej spravodlivosti vidí časť odborníkov v tom že 22: jej bezformálnosť bude viesť k zníženiu štandardu práv obvineného, dosiahnutého v „klasickom“ trestnom konaní. Uvedenú námietku možno vyvrátiť poukázaním na skutočnosť, že napriek existencii množstva odklonov zostáva obvinenému zachované právo na riadny proces.

Niektorí obvinení budú aplikáciu jej princípov považovať za prejav neschopnosti štátu adekvátne reagovať na prejavy kriminality. Tým, že obnovujúca trestná spravodlivosť nezdôrazňuje potrebu potrestať páchatel'a za každú cenu, neznamená, že je voči nemu neprimerane „mäkká“. Naopak, pochopenie všetkých následkov svojho konania a pokus o ich nápravu môžu byť pre páchatel'a psychicky oveľa náročnejšie ako vykonanie niektorých trestov, iluzórna je predstava, že sa vždy podarí nastoliť v sociálnom prostredí „pôvodný stav“ narušený trestným činom.

Toto tvrdenie vníma obnovujúcu trestnú spravodlivosť ako potenciálnu náhradu trestnej spravodlivosti odplatnej. Viac ako vhodne využívaný doplnok trestania môže byť obnovujúca trestná spravodlivosť tým správnym liekom na akútnu bolesť – zvanú zločinnosť. Podľa Beccaria základným cieľom každého dobrého zákonodarstva, ako sme už uviedli, je lepšie zločinom predchádzať, ako ich trestať. Ide v podstate o umenie viesť ľudí k najväčšiemu možnému šťastiu, ak chceme hovoriť o výpočte všetkého dobrého.²³ Ľudia sa podľa neho majú báť iba zákonov, pretože obava pred zákonmi je prospešná, avšak ako Beccaria zdôrazňuje, ale skazonosná a

²² KARABEC, Z., op. cit. v pozn. č. 25, s. 15 a n

²³ BECCARIA, C.: O zločinoch a trestoch. Bratislava, 2009, s. 115

veštiaca zločiny, je obava človeka z človeka. Predchádzať zločinom môžeme prostredníctvom slobody, vzdelania, verejnej bezpečnosti súdov, ako i odmeňovania čestnosti.

Schengen a Slovenská republika

Pôvod Schengenskej dohody je potrebné hľadať v Sarrebruckskej dohode medzi Francúzskom a Nemeckom podpísanej dňa 13. júla 1984 ako dôsledok štrajkovej pohotovosti európskych dopravcov proti nekonečným radom na hraniciach oboch krajín. Táto dohoda predpokladala postupné rušenie kontrol na hraniciach oboch signatárov a okrem voľného pohybu tovaru zároveň predpokladala aj voľný pohyb osôb.

Francúzsko a Nemecko sa skontaktovali s krajinami Beneluxu za účelom zjednodušenia pohybu tovaru a osôb cez hranice (Belgické kráľovstvo, Holandské kráľovstvo a Luxemburské veľkovevodstvo zaviedli už v roku 1960 takmer úplnú voľnosť pohybu medzi sebou) a výsledkom ich spoločného úsilia bolo podpísanie dohody nesúcej meno malého luxemburského mestečka Schengen.

Schengenská dohoda podpísaná dňa 14. júna 1985 sa stala základným aktom postupného zrušenia kontrol na spoločných hraniciach s cieľom voľného prekračovania vnútornej hranice občanov zmluvných štátov a rozvoja voľného pohybu služieb a tovaru. Keďže bola len rámcovým dokumentom deklarujúcim súhlas signatárov so spomínanými opatreniami, prijatý bol Vykonávací dohovor k Schengenskej dohode, tzv. Schengenský dohovor podpísaný dňa 19. júna 1990 ako implementačný akt dohody z roku 1985. Schengenský dohovor ustanovuje zrušenie kontrol na vnútorných hraniciach signatárskych štátov, vytvára spoločné pravidlá kontrol na vonkajších hraniciach a zavádza sprievodné opatrenia umožňujúce zrušenie kontrol na vnútorných hraniciach.

Slovenská republika sa zaviazala k implementácii Schengenského dohovoru podpísaním prístupovej zmluvy v Aténach dňa 16. apríla 2003. Schengenský dohovor má za cieľ zabezpečiť najmä:

- zrušenie kontrol osôb a tovaru na vnútorných hraniciach vrátane letísk a prístavov a posilnenie kontrol na vonkajších hraniciach (momentom zrušenia kontrol na vnútorných hraniciach s príslušnými novými členskými štátmi a momentom plného uplatňovania Schengenského acquis sa nové členské štáty stanú plne zodpovedné za ochranu vonkajšej schengenskej hranice bez výnimky vrátane hraníc s tými členskými štátmi, s ktorými ešte kontroly na vnútorných hraniciach nebudú zrušené)

- zlepšenie organizácie a zváženie účinnosti spolupráce medzi národnými systémami policajnými, súdnymi (justičnými), colnými a ďalšími správnymi orgánmi
- zriadenie Schengenského informačného systému ako spoločného pátracieho a informačného systému na pomoc proti kriminalite
- postupnú harmonizáciu niektorých dôležitých postupov týkajúcich sa hlavne spoločnej vízovej a azylovej politiky, problematiky zbraní a streľiva, súdnej spolupráce v trestných veciach a ďalších.

Jedným z najdôležitejších predpokladov zrušenia kontrol na vnútorných hraniciach je funkčný Schengenský informačný systém (ďalej len „SIS“) ako kompenzačné opatrenie na zabezpečenia bezpečnosti v schengenskom priestore. SIS zabezpečuje výmenu informácií relevantných pre činnosť pracovníkov hraničných kontrol a orgánov vydávajúcich víza a povolenia na pobyt, takže bezprostredne súvisí so slobodou pohybu ako jednou zo slobôd vnútorného trhu. Každá členskej krajine umožňuje využívať centrálnu databázu pozostávajúcu z policajných a justičných informácií. Nevyužíva sa len na hraničných priechodoch, ale aj vo vnútrozemí členských štátov a umožňuje príslušníkom bezpečnostných zložiek členských štátov monitorovať údaje o osobách a predmetoch zaradených do databázy v ktorejkoľvek členskej krajine (a samozrejme aj adekvátne a promptne reagovať v určitých prípadoch).

Slovenská republika sa pripojila k systému SISone4all od začiatku septembra 2007 na hraničných kontrolách a na letisku v Bratislave.

Záver

Chápanie trestnej spravodlivosti sa v posledných desaťročiach zmenilo a jej obsah dostáva nový rozmer. Trestná politika už nie je iba reakciou štátu ako zvrchovanej moci na páchanie trestnej činnosti v podobe uznania viny páchatel'a a uloženia trestu.

Trestný čin definovaný ako ujma spôsobená štátu je čoraz viac chápaný ako ujma spôsobená jednotlivcovi. Spáchaním trestného činu dochádza síce k porušeniu práva, ale obnovujúca justícia poukazuje predovšetkým na narušenie vzťahov v spoločnosti. K naplneniu trestnej spravodlivosti dochádza za účasti páchatel'a, poškodeného a spoločnosti, a to aspoň pokúsením sa o obnovu narušených vzťahov. Trestná politika sa tak stala filozofiou jednotlivých novelizácií trestného zákona, zavádzania jednotlivých alternatívnych trestov, prijatia i samotnej rekodifikácie trestného práva hmotného.

Práca súhrne zobrazuje jednotlivé postoje k trestnej politike, vytvára súhrn názorov a vývoj jednotlivých názorových systémov. V poslednej časti sa

zameriava na trestnú politiku po vstupe Slovenskej republiky do Shengenského priestoru.

Literature:

-
- BACON, F.: Eseje. Praha 1985.
- BECCARIA, C.: O zločinoch a trestoch. Bratislava, 2009.
- CHOVANCOVÁ, J.: Liberalizmus, vs. komunitarizmus. Bratislava: VO PF UK, 2009.
- KARABEC, J.: Jaká je budoucnost trestní justice? I. část. In: Trestní právo, č. 3/2003, s. 2 – 4.
- KARABEC, J.: Možnosti sankční politiky. In: Kriminalistika, č. 3/2001, KARABEC, J.: Účel trestání. In: Kriminalistika, č. 3/2000,
- KRATOCHVÍL, V.: Trestní právo (opět) na přelomu? In: Justičná revue, č. 2/2003.
- Legislatívny zámer Trestného zákona a Trestného poriadku, schválený uznesením vlády SR č. 385 z 31. mája 2000; www.vlada.sk (pristúpené 20. 7. 2005).
- LATA, J.: Účel trestu a jeho spravodlnost. IV. část. In: Trestní právo, č. 5/2001.
- ROUSSEAU, J. J.: Rozpravy. Praha, 1978.
- SOTOLÁŘ, A. – VÁLKOVÁ, H.: Restorativní justice – trestní politika pro 21. století? In: Trestní právo, č. 1/2000.
- SOTOLÁŘ, A. – VÁLKOVÁ, H.: Trestní spravodlnost na přelomu tisíciletí. In: Právní rozhledy, č. 12/1999.
- WARVILLE, J. P. B.: Theorie des lois criminelles. Berlin, 1785.

Contact – email

Svetlana.solanikova@hotmail.sk

OVERVIEW OF ADOPTED AND PROPOSED LEGISLATION REGARDING PRE-TRIAL DETENTION IN EUROPE

VOISLAV STOJANOVSKI

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract

This study discusses the most important international legal instruments with regard to pre-trial detention in chronological order of their adoption or proposal, independently for the two European levels of international law - the Council of Europe and the European Union. The legal acts discussed are in the form of conventions, directives, framework decisions, resolutions, minimum rules and standards, principles, recommendations, action plans, road maps, and green papers.

Keywords

Pre-trial detention, Justice, Human rights, European Union, Lisbon treaty, EU Directives.

1. BACKGROUND

As of today, there is no single legally binding international instrument that addresses pre-trial detention separately. However, obligations stemming from international law with regard to pre-trial detention can be found scattered across numerous provisions of legal acts with both binding and non-binding character. The Member States of the European Union are bound by three different levels of international law. The first one involves instruments adopted by the United Nations (international level); the second level includes acts adopted by the Council of Europe (regional level), and the third one acts adopted by the European Union (sub-regional level). These legal documents can be in a form of conventions, covenants, directives, framework decisions, declarations, resolutions, minimum rules and standards, codes of conduct, general comments, principles, guidelines, recommendations, action plans, road maps and green papers.

While conventions, covenants and EU directives and framework decisions have binding character on signatories, the other instruments lack binding legal force but provide useful interpretation and application of human rights issues. This study discusses the most important international legal instruments with regard to pre-trial detention in chronological order of their adoption and independently for the two European levels of international law.

2. COUNCIL OF EUROPE

The first and most important instrument in the field of human rights in Europe, the European Convention on Human Rights (hereinafter: ECHR), was adopted in 1950.¹ Article 5 provides an exhaustive list of cases in which detention is permissible. Namely, for the purpose of bringing a suspect to court following a reasonable suspicion that he has committed a crime, to prevent a suspect from committing further crimes, and if there is a danger that he might flee after committing a crime. It prohibits arbitrary arrest or detention and stipulates that any deprivation of liberty must be in accordance with law; it provides the rights to information for the reasons of arrest or detention as well as information regarding the charges against the detainee. The detainee must be brought promptly before a judge and is entitled to trial within a reasonable time or release. Every detainee must be entitled to take proceedings before a court that is required to decide on the lawfulness of the detention and release the detainee if such detention is not lawful. Finally, if the detention was not lawful, the detainee enjoys an enforceable right to compensation.

Article 6 relates to the right to a fair trial and stipulates that everyone suspected of a criminal offence must be presumed innocent until proven guilty and be informed about the charges against him in language that he understands. Furthermore, suspects must be provided with adequate time and facilities and the possibility to communicate with a defense council of their own choosing or – assuming they lack the necessary financial means – be provided with free legal aid for the preparation of their defense. Detainees are also allowed to examine witnesses and call witnesses who would testify on his behalf. They can not be compelled to testify against

¹ Opened for signature by the member States of the Council of Europe in Rome on 4 November 1950, entry into force 3 September 1953.

themselves or admit guilt. Finally, detainees must be able to appeal to a higher court against a conviction made by a court of lesser instance. Other relevant provisions from this Convention can be found in Article 3 which prohibits torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

Recommendation No. R (80) 11 concerning custody pending trial is the first 'soft law' instrument in the field of pre-trial detention in Europe.² Besides including the rights and procedures prescribed by the ICCPR and legal acts adopted by the UN until 1980 (see above, 2.1 United Nations) and the ECHR, it also contains a number of novelties. It states that pre-trial detention shall never be compulsory and its use should not be of a punitive nature. Paragraph 5 contains a recommendation on the use of pre-trial detention in specific circumstances only and requires that judges take into account the following when ordering detention:

the nature and seriousness of the alleged offence,

the strength of the evidence of the person concerned having committed the offence,

the penalty likely to be incurred in the event of conviction,

the character, antecedents and personal and social circumstances of the person concerned, and in particular his community ties and

the conduct of the person concerned, especially how he has fulfilled any obligations which may have been imposed on him in the course of previous criminal proceedings.

Other novelties include a requirement for pre-trial detention decisions to be always proportional regarding the nature of the suspected crime and the penalty prescribed (Paragraph 7). The decision to place a person in pre-trial detention should state as precisely as possible the type of criminal charge as well as the reasons as to why a judicial officer has decided to use a detention measure (Paragraph 8). Time spent in pre-trial detention should never be longer than the expected length of the sentence likely to be served; pre-trial detention must be reviewed at reasonably short intervals and time spent in detention must be deducted from the length of the final sentence (Paragraph

² Adopted by the Committee of Ministers on 27 June 1980. This Recommendation was preceded by Resolution (65) 11 on remand in custody (Adopted by the Ministers' Deputies on 9th April 1965).

13-14 and 17). Finally, Paragraph 15 lists a number of alternative measures to pre-trial detention.

Recommendation No. R (87) 3 on the European Prison Rules³ in its Part V, titled 'untried prisoners' stipulates that pre-trial detainees should be allowed to inform a member of their family immediately after they have been detained. If the detainee does not want a member of his family informed, the authorities should not do this on own initiative and against the wish of the detainee (except in cases of juveniles or persons with mental incapacity). In general, detainees should be placed in single rooms, be allowed to wear their own clothes, buy books and newspapers on their own expense and be visited by their personal doctor or dentist.

Recommendation No. R (97) 12 on staff concerned with the implementation of sanctions and measures⁴ deals with the recruitment, selection, training, conditions of work, management of responsibilities, mobility and ethical requirements of staff in pre-trial detention centers. Recommendation No R (98) 7 concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison⁵ on the other hand deals with issues such as access to medical services, equivalence of care (same health services as available for the general public), consent of the pre-trial detainee and doctor-patient confidentiality, as well as training of prison health care staff.

Recommendation No. R (99) 22 concerning prison overcrowding and prison population inflation⁶ as its name says, addresses an increasing problem with insufficient space for detainees all around Europe. In the EU there are 13 countries experiencing prison overcrowding. Conditions are worst in countries like Bulgaria (135 prisoners per 100 places), Spain (142 prisoners per 100 places) and Cyprus (150 prisoners per 100 places).⁷ According to the Council of Europe building new detention centers does not offer a lasting solution to this problem (R (99) 22, Principle 2). Crime control, setting maximum capacity for detention centers, and rational distribution of detainees are recommended as steps for tackling prison overcrowding.

³ (Adopted by the Committee of Ministers on 12 February 1987 at the 404th meeting of the Ministers' Deputies.

⁴ Adopted by the Committee of Ministers on 10 September 1997.

⁵ Adopted by the Committee of Ministers on 8 April 1998, at the 627th meeting of the Ministers' Deputies.

⁶ Adopted by the Committee of Ministers on 30 September 1999 at the 681st meeting of the Ministers' Deputies.

⁷ See *Council of Europe Annual Penal Statistics – SPACE I – 2008*. p. 32 at supra note 2.

Section III titled ‘Measures relating to the pre-trial stage’ calls for widest possible use of alternatives to pre-trial detention. It is the first instrument to promote the use of electronic surveillance devices. The recommendation calls for adequate funding and human resources so that member states can ensure that pre-trial detention is managed in a humane and an efficient manner.

The European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 1987⁸ established the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (hereinafter CPT). The CPT has developed standards regarding the treatment of persons deprived of their liberty. The so called CPT Standards were first devised in 2002 with the last revision being made in 2010.⁹ They contain numerous remarks regarding the way suspects and detainees are treated, pointing out practices that are not in line with the basic rights of suspects in Europe. They include practices and treatment by police officers, prison staff and other public authorities. For example, the CPT reports that due to various metal coverings placed over the windows in many pre-trial detention centers detainees are deprived from natural light and fresh air in their cells.¹⁰

It confirms that the problem of prison overcrowding is particularly acute in pre-trial detention centers.¹¹ The Committee is on the view that in order to avoid ill-treatment by police officers, questioning of suspects should take place in detention centers rather than in police stations.¹² It furthermore proposes that pre-trial detainees be given the possibility to spend 8 or more hours out of their cells and be “engaged in purposeful activity of a varied nature” such is work, sport, education etc.

Recommendation Rec (2006) 2 on the European Prison Rules¹³ in its Part VII titled ‘Untried prisoners’ introduces a couple of novelties in relation to the rights of pre-trial detainees. Beside the rights and procedures discussed so far, the recommendation states that the regime applied to

⁸ European Treaty Series - No. 126. Text amended according to the provisions of Protocols No. 1 (ETS No. 151) and No. 2 (ETS No. 152) which entered into force on 1 March 2002.

⁹ CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2010. URL: <<http://www.cpt.coe.int/en/docsstandards.htm>>. Last accessed 30 June 2011.

¹⁰ *Ibid* p. 23 (Extract from the 2nd General Report [CPT/Inf (92) 3]).

¹¹ *Ibid* p. 19 (Extract from the 7th General Report [CPT/Inf (97) 10]).

¹² *Ibid* p.13 (Extract from the 12th General Report [CPT/Inf (2002) 15]).

¹³ Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies.

detainees in pre-trial detention centers may not be influenced by the presumption that a pre-trial detainee will be convicted in the future. Detainees are allowed to wear their own clothes or (in cases where they do not own clothes) be provided with clothing that will not be the same as the uniforms provided to prisoners. Finally, if a detainee chooses to follow the regime for sentenced prisoners, the authorities should approve such request.

Recommendation Rec (2006) 13 on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse¹⁴ addresses pre-trial detention specifically and in detail. It replaces Resolution (65) 11 on remand in custody and Recommendation No. R (80) 11 on custody pending trial (see above). Recommendations regarding pre-trial detention not mentioned so far include a requirement that pre-trial detention should only be imposed for offences that carry prison terms; regarding the grounds for refusing release, the sole fact that a suspect is a foreigner shall not by itself satisfy a decision containing reasoning that he might abscond and must be therefore detained. The period between initial deprivation of liberty by the police and the appearance before a judicial officer shall not exceed 48 hours, but in many cases it should be even shorter. Reasons for detaining a person become less convincing with the passage of time and therefore they should be reviewed periodically. The interval between such reviews should not be longer than one month. It is a responsibility of the prosecution authorities to conduct reviews and if no application has been lodged by them, the detainee should be released from detention.

Legally prescribing a maximum period for pre-trial detention can not suspend the need for periodical reviews. Furthermore, breach of an alternative measure can not by itself justify pre-trial detention. Pre-trial detainees and their lawyers must have access to the detention decision and be allowed to personally appear at pre-trial proceedings. For the detainee, this condition might be satisfied by way of video-links. Regarding compensation as a result of unlawful detention, pecuniary, non-pecuniary, as well as damages for loss of an opportunity might be sought and awarded. Pre-trial detainees should not be restrained to send and receive written correspondence and there should be no limit as to the number of letters they can send. Finally, pre-trial detainees must be allowed to take part in elections or referendums taking place while they are in detention. Most of

¹⁴ Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2006 at the 974th meeting of the Ministers' Deputies.

these recommendations stem from established case law of the ECtHR which will be discussed in more detail below in this text.

Recommendation CM/Rec (2008) 11 on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures¹⁵ is the last legal instrument relating to penitentiary issues adopted by the Council of Europe. Pre-trial detention is addressed in Part III (F. Special part). The recommendation recognizes the initial vulnerability of juveniles admitted to pre-trial detention (suicide and self-harm risks) and requires that member states treat these detainees with “full respect of their dignity and integrity at all times” (Rule 109). Juveniles can not be obligated to work or be compelled to engage in activities which are not allowed for other juveniles in the community who are at their age (Rule 111). Juveniles should also be able to continue their education and those who have not completed compulsory education may be compelled to do so (Rule 78.4 and 79.2 respectively).

3. EUROPEAN UNION

The competence of the EU in the field of criminal justice began with the signing of the Maastricht Treaty in 1992¹⁶ which marked the creation of the “Third Pillar”. The EU pledged to “respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms” which will “constitute general principles” of EU law (Art. F(2)). Art. B stipulates that one of the objectives of the EU shall be the development of close cooperation in the fields of “justice and home affairs”. The provisions relating to this sphere can be found in Title VI, Art. K. “Judicial cooperation in criminal matters” was one of the areas identified for achieving the objectives of the EU.

In 1997 the Treaty of Amsterdam was signed.¹⁷ With it, the EU set an even more ambitious objective – the establishment of an “area of freedom, security and justice”. Justice and Home Affairs pillar was renamed into

¹⁵ Adopted by the Committee of Ministers on 5 November 2008 at the 1040th meeting of the Ministers’ Deputies.

¹⁶ *Official Journal of the European Union*, C 191, 29 July 1992. Treaty on European Union.

¹⁷ *Official Journal of the European Union*, C 340, 10 November 1997. Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Related Acts.

“Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters.” The Treaty introduced a new legal instrument – the “Framework Decision”. Such decisions were to contain certain standards and objectives addressed to member states which were supposed to amend national laws in order to achieve a common goal. At that time, this pillar was characterized by intergovernmental cooperation, meaning that passing legislation required unanimity amongst all Member States. Council of the European Union was the main legislative organ, with the European Parliament acting as a consultative body (Art. 73o and 189b). Furthermore – by virtue of Article 35 – the European Court of Justice was given minimum jurisdiction regarding justice and home affairs legal acts.

Following a special thematic European Council meeting in Tampere in 1999, conclusions regarding the creation of an area of freedom, security and justice in the EU were adopted.¹⁸ The meeting resulted with the introduction of the “mutual recognition of judicial decisions” principle. It was to become the “cornerstone of judicial cooperation”. The principle of mutual recognition in criminal matters means that a judicial decision issued by a competent authority in one member state will be directly recognized and enforced by a competent authority in another member state.¹⁹ For the first time in the history of the EU, it was concluded that member states should engage in a process of approximation of criminal law and procedure, albeit in the field of money laundering only.

The Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter: CFREU) was adopted in 2000.²⁰ Art. 47-50 guarantee the procedural rights to effective remedy, fair trial, access to legal aid, and the presumption of innocence, while Art. 6 guarantees the right to liberty and security. Art. 53 states “In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the [ECHR], the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention.” The EU will however be authorized to provide “more extensive protection.” Until 2009, the CFREU lacked a legal binding force but by virtue of Art. 6(1) of the Treaty of Lisbon it was given the “same legal value” as the EU treaties.

¹⁸ *Tampere European Council*, 15-16 October 1999, Presidency Conclusions.

¹⁹ STOJANOVSKI, V., The European Evidence Warrant. In *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*, 1. edition. Brno : Masaryk University, p. 501.

²⁰ *Official Journal of the European Union*, C 364/1, 18 August 2000.

In 2002, the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States (hereinafter: EAW), one of the first and most significant instruments under the principle of mutual recognition of judicial decisions was adopted in the form of a Framework Decision.²¹ Member states were required to implement it by the end of 2003. An EAW is issued by a requesting to a receiving member state after which the latter proceeds to arrest the required person and surrender him to a foreign (EU) country irrespective of his nationality for the conduct of criminal proceedings. The requested person can be a suspect, person already charged with a crime, convicted or sentenced to imprisonment. This opens up the possibility for a person to be placed in pre-trial detention following his surrender.

In 2004 a Proposal for a Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the EU was adopted by the European Commission.²² Five “basic rights” were identified and proposed:

access to legal advice, both before the trial and at trial,

access to free interpretation and translation,

ensuring that persons who are not capable of understanding or following the proceedings receive appropriate attention,

the right to communicate, inter alia, with consular authorities in the case of foreign suspects, and

notifying suspected persons of their rights (by giving them a written “Letter of Rights”).²³

This proposal was preceded by a Green Paper regarding procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the EU prepared by the European Commission in 2003.²⁴ During the same year, a Resolution of the European Parliament in which it called on the Council “to adopt a framework decision on common standards for procedural law, for instance on rules covering pre-trial orders and the rights of the defense (...) so as to guarantee a common level of fundamental rights

²¹ *Official Journal of the European Union*, L 190, 18 July 2002.

²² COM(2004) 328 final, Brussels, 28 April 2004

²³ *Ibid.*, Explanatory memorandum, para. 24.

²⁴ COM(2003) 75 final, Brussels, 19 April 2003

protection throughout the EU” was adopted.²⁵ This same call was repeated in another Resolution from 2004. In it, Parliament added that in its view, such Framework Decision should enter into force at the same time as the EAW.²⁶ The proposal was however never adopted due to disapproval by six member states who claimed that it was “too ambitious” and would be “only replacing ECHR rights” which could lead to “diverging interpretations” between the ECJ and ECtHR.²⁷ The way forward was seen in a “step by step” approach, gradually adopting one legal instrument per specific procedural right.

The Hague Programme (subtitled strengthening freedom, security and justice in the European Union) was adopted in 2004.²⁸ Together with its Action Plan²⁹ it set a five-year agenda with a view to further develop the principle of mutual recognition of judicial decisions in criminal matters. It called for further proposals for approximation in the field of criminal procedure in fields “such as the gathering and admissibility of evidence, conflicts of jurisdiction and (...) the execution of final sentences of imprisonment or other (alternative) sanctions” (see 3.3.1 Mutual Recognition). Section 4.2 of the Action Plan titled “Judicial Cooperation in Criminal Matters” called for a “Proposal on mutual recognition of non-custodial pre-trial supervision measures” to be prepared in 2005. It is widely considered that this Programme did not archive its objectives.³⁰

In 2006, a Green Paper on the Presumption of Innocence was prepared by the European Commission.³¹ With regards to pre-trial detention it states that no one shall be proclaimed guilty prior such guilt to be confirmed by court and that “overriding reasons” must exist for a person to be placed in pre-trial detention. Furthermore, a person placed in pre-trial detention “should

²⁵ *Official Journal of the European Union* (C 38 E/247), 12 February 2004, European Parliament resolution on the situation concerning basic rights in the European Union (2001) (2001/2014(INI)) para. 144.

²⁶ *Official Journal of the European Union* (C 76 E/412), 25 March 2004, European Parliament resolution on the situation as regards fundamental rights in the European Union (2002) (2002/2013(INI)), para. 141.

²⁷ *Justice issues in Europe: Seventh Report of Session 2009-10*, Report, together with formal minutes, House of Commons Justice Committee, 6 April 2010, p. 29.

²⁸ *Official Journal of the European Union*, C 53, 3 March 2005.

²⁹ *Official Journal of the European Union*, C 198, 12 August 2005.

³⁰ See for example *Justice issues in Europe: Seventh Report of Session 2009-10*, Report, together with formal minutes, House of Commons Justice Committee, 6 April 2010, p. 10.

³¹ COM(2006) 174 final, Brussels, 26 April 2006.

benefit from detention conditions consistent with his presumed innocence” (Section 2). Since the publishing of this Green Paper, the idea for adoption of an instrument protecting the presumption of innocence principle seems to have been postponed indefinitely and the European Commission is not actively working on an official proposal.

In 2008 the European Evidence Warrant (hereinafter: EEW) was adopted.³² Member states were supposed to implement its provisions by the beginning of 2011. The purpose of this legal instrument is obtaining of objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters. This instrument can be particularly useful in the sphere of cross-border crimes. It will potentially give a possibility to pre-trial detainees to demand from a national court to send a request to another member state and request evidence that can be used in the defense proceedings. This instrument can be used for requesting evidence that already exists, however taking of statements from suspects, witnesses and experts in real time, or ordering real time interception of communications or monitoring of bank accounts is not possible.³³ In 2010 and 2011, 8 member states of the EU submitted initiatives proposing a new instrument – European Investigation Order to replace the EEW.³⁴

In 2009, the Framework Decision on supervision measures as an alternative to provisional detention was adopted.³⁵ Member states are expected to implement it by the end of 2013. The proposal was preceded by a Green Paper on mutual recognition of non-custodial pre-trial supervision measures.³⁶ This instrument is intended for foreign suspects and accused persons residents of one member state facing a trial in another member state. Due to the risk of absconding, foreign nationals are usually kept in pre-trial detention although for the same or similar suspected offense a national

³² *Official Journal of the European Union* L 350/72, 30 December 2008, Council Framework Decision 2008/978 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters.

³³ STOJANOVSKI, V., The European Evidence Warrant. In *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*, 1. edition. Brno : Masaryk University, p. 509.

³⁴ Interinstitutional File: 2010/0817 (COD), Brussels 19 April 2011, Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters.

³⁵ *Official Journal of the European Union* L 294/20, 11 November 2009.

³⁶ COM(2004) 562 final, Brussels, 17.8.2004.

would be allowed to defend himself out of detention. The Framework Decision aims to reduce the number of foreign (EU) pre-trial detainees and assure due course of justice for suspects from another member state by surrendering them to their country of origin where they are a subject to alternative measure (to report to the police, home arrest, avoid contact with persons connected to the offense etc.) instead of a pre-trial detention order. The suspect will be monitored by the authorities in his country of residence and they will be obliged to surrender him to the issuing state should he fail to respect the alternative measures imposed on him.

The Lisbon Treaty entered into force on 1 December 2009.³⁷ It abolished the three-pillar structure and incorporated “Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters” into the competences of the EU. Article 6(2) states that the EU “shall accede to the [ECHR].” Legal acts in the area of criminal justice will be adopted in the form of “Directives” instead of “Framework Decisions” and such adoption will follow the ordinary legislative procedure.³⁸ The most important provisions regarding pre-trial detention can be found in the fourth chapter titled “Judicial Cooperation in Criminal Matters”. For the first time, the EU was authorized to adopt minimum rules by means of directives which can concern “rights of individuals in criminal procedure” as well as “mutual admissibility of evidence” (Art. 82(2)(a-b)). These directives will undoubtedly lead to further approximation of criminal procedure laws in the member states.

However, when adopting legislation in this field, the EU “shall take into account the differences between the legal traditions and systems of the Member States” (Art. 82(2)). The ordinary legislative procedure may be suspended if a member state considers that a proposed directive will “affect fundamental aspects of its criminal justice system” (Art. 82(3)). Ultimately, this so called “emergency brake” can lead to efforts for a consensus to be reached by all member states before a proposed directive can be adopted. If consensus is not reached, “at least nine Member States” may decide to “establish enhanced cooperation” and proceed to adopt the proposed directive which will then apply only in those countries who took part in its adoption (Art. 82(3)). Furthermore, two member states (the United Kingdom and Ireland) were allowed opt-outs in this field, meaning that

³⁷ *Official Journal of the European Union* C 115/1, 9 May 2008, Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union.

³⁸ Majority rule and co-decision by Council and Parliament (see Art. 294 TFEU).

directives will not have legal force in their national laws. However, opt-ins will be possible on a case by case basis if these countries so decide.³⁹

Soon after the entry into force of the Lisbon Treaty, the Stockholm Programme (subtitled an open and secure Europe serving and protecting citizens) was adopted.⁴⁰ It incorporated the Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings adopted as a Resolution by the Council of the EU.⁴¹ As its predecessor – the Hague Programme, it is supplemented by an Action Plan for its implementation⁴² and sets a five-year agenda with a view to further develop the principle of mutual recognition of judicial decisions in criminal matters. In relation to pre-trial detention it calls the European Commission to prepare a green paper on detention issues during 2011 and “examine further elements of minimum procedural rights for suspected and accused persons, and to assess whether other issues, for instance the presumption of innocence, needs to be addressed” (see 2.4. Rights of the individual in criminal proceedings). The latter requirement should be fulfilled by 2014.⁴³ Finally, it calls for a strategy that will respect “subsidiarity and coherence” that will “guide the EU's policy for the approximation of substantive and procedural criminal law.”⁴⁴

Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation in criminal proceedings adopted in 2010 is the first Directive in the field of criminal justice in the EU.⁴⁵ Member states are expected to transpose it by the end of 2013. It stipulates that the right to interpretation and translation applies from the time a person is notified that he is suspected or accused of a criminal offense and exists until the very end of the criminal proceedings. It states that it will be an obligation of the member states to ascertain if the suspect speaks or understands the language of the proceedings (Art. 2). Member states will have to provide the suspect with written documents from

³⁹ *Official Journal of the European Union* C 83/201, 30 March 2010. Protocol (No 21) on the position of the United Kingdom and Ireland in respect of the Area of Freedom, Security, and Justice, p. 295.

⁴⁰ *Official Journal of the European Union* C 115/1, 4 May 2010.

⁴¹ *Official Journal of the European Union* C 295/1, 4 December 2009.

⁴² COM(2010) 171 final, Brussels, 20.4.2010. (Not published in the Official Journal of the European Union).

⁴³ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁵ *Official Journal of the European Union* L 280/1, 26 October 2010.

which he will be able to understand the charges against him. A “decision depriving a person of his liberty, any charge or indictment, and any judgment” are considered as essential documents which the suspect must receive (Art. 3). The costs for interpretation and translation must be borne by the state (Art. 4) and the quality of interpretation and translation should be “sufficient to safeguard the fairness of the proceedings” (Art 5). Further rights stemming from this Directive will be discussed in more detail below in this text.

A Proposal for a Directive on the right to information in criminal proceedings was adopted by the European Commission in 2010.⁴⁶ It is expected that this will be the second legal instrument adopted in the form of a Directive in the field of judicial cooperation in criminal matters. It states that the right to information applies from the time a suspect or an accused person is made aware of the fact that he is under criminal investigation due to an alleged criminal offense. Such person must be informed about four basic rights: right to access to a lawyer, entitlement to legal advice free of charge, right to translation and interpretation, and the right to remain silent. Such information is to be “provided in simple and accessible language” in a form of a Letter of Rights (Art. 3 and 4 respectively). The proposed Directive will also guarantee access to the materials of the case in “due time” for the “effective use of the rights of the defense” (Art. 7).

Finally, other legislative proposals for directives envisaged by the Stockholm Programme until the end of 2014 relate to “legal advice and legal aid” (2011), “communication with relatives, employers and consular authorities” (2012), and “special safeguards for suspected or accused persons who are vulnerable” (2013). Green papers are also envisaged and relate to “detention” (2011) and further procedural rights which are not covered by the Action Plan of the Stockholm Programme (2014) but might be needed for further promotion of the mutual recognition principle.⁴⁷

⁴⁶ 14816/10, Brussels, 15 October 2010.

⁴⁷ COM(2010) 171 final, Brussels, 20.4.2010. (Not published in the Official Journal of the European Union), p. 14-15.

PŘIJÍMANÍ REZOLUCÍ RADY BEZPEČNOSTI VE SVĚTLE LIBYJSKÉ KRIZE

TOMÁŠ STOLINA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Abstract in original language

Příspěvek se věnuje pozici Rady bezpečnosti v aktuálních otázkách mezinárodní bezpečnosti, konkrétně pak v konfliktu v Libyi. Situace v Libyi je z pohledu mezinárodního práva velkou výzvou vůči mezinárodnímu společenství v otázkách vojenské intervence a užití síly jako takovém. Příspěvek dále zmiňuje rozdílné názory vůči postupu Rady bezpečnosti v konfliktu v Libyi. Zabývá se i argumenty zpochybňujícími rozsah pravomocí přijatých rezolucí v otázce likvidace plukovníka Kaddáfího.

Key words in original language

Organizace spojených národů, Rada bezpečnosti, rezoluce, hlasování, použití síly, Charta, princip proporcionality, adekvátnost, lidská práva

Abstract

Situation in Libya is a great challenge for international community and particularly for United Nations as the key organization, responsible for maintaining of international peace. However, military intervention of UN members seems to be widely accepted, some legal experts discuss scope and main aim of passed resolution. Therefore, it is highly arguable, whether resolution no. 1973 can be accepted as an authorization of colonel Gaddafi's liquidation.

Key words

United Nations, Security Council, International peace, military intervention, resolution, UN Charter, coercive measures, threat to international peace, use of force

Přijímání rezolucí Rady bezpečnosti ve světle Libyjské krize

Soudobé mezinárodní právo prochází v současné době turbulencemi a musí čelit mnohým výzvám, zejména pak v otázkách mezinárodní bezpečnosti. Otázkou však stále zůstává, jaká je role norem mezinárodního práva

v těchto oblastech, a zejména také, jaká je jeho vynutitelnost či právní síla napříč mezinárodním společenstvím.

Monopol v otázkách užití síly a přijímání kolektivních opatření drží Organizace spojených národů skrze svůj klíčový orgán - Radu bezpečnosti. Charta OSN, jako základní pramen mezinárodního práva v otázkách udržování míru a mezinárodní bezpečnosti, ve svém článku 24 totiž přisuzuje základní odpovědnost právě Radě bezpečnosti.

Jak známo, činnost Rady bezpečnosti je ovlivněná rozhodováním pěti stálých členů, kterým Charta přiznává právo vetovat přijímaná rozhodnutí. V důsledku toho, je přijímací procedura vybraných rezolucí bojem s nejistým koncem, neboť kterýkoliv z pěti členů může přijímání rezoluce zablokovat. Je proto nadmíru důležité hledat v rezolucích takovou formulaci, která poskytne záruky všem stranám a zvýší šanci na její přijetí.

Aktuální situace v arabském světě staví Radu bezpečnosti v otázkách použití síly před nelehký úkol. Po zkušenostech s vojenskou operací v Iráku, kdy byly rezoluce Rady bezpečnosti (č. 1373, 1483, 1500 a 1511) účelově interpretovány ve prospěch vojenské akce, bylo nutné formulovat rezoluce tak, aby poskytovaly dostatek oprávnění k provedení svého cíle, ale zároveň si nesvázaly ruce příliš rozsáhlým mandátem, který by je pak odsoudil k zániku během hlasování v Radě bezpečnosti.

Všechny zmíněné aspekty musely být proto zohledněny i při přípravách rezolucí Rady bezpečnosti týkajících se konfliktu v Libyi. Rada bezpečnosti v otázce Libye postupovala zcela v intencích Charty, která stanovuje několik zcela zásadních předpokladů pro případy použití síly.

Prvním předpokladem pro užití donucovacích opatření Rady bezpečnosti je označení dané situace jako hrozby pro mír.¹ Ačkoliv světová média přinášela pravidelně informace o celé řadě protiprávních jednání, teprve rezoluce č. 1970² závazně stanovila, že násilí proti obyvatelstvu, vedené vojskem plukovníka Kaddáfího, může mít charakter zločinů proti lidskosti a vede také k porušování lidských práv³. První libyjská rezoluce však kromě odsouzení jednání Kaddáfího jednotek přinesla i donucovací opatření předvídané článkem 41 Charty, tedy opatření neozbrojené povahy. Pomineme-li kritické hlasy, které možná místy oprávněně volaly po okamžitém účinném opatření ozbrojené povahy, které by bylo způsobilé

¹ Srov. čl. 39 Charty OSN

² Rezoluce Rady bezpečnosti č. 1970 ze dne 26.2. 2011

³ In: Wings over Libya: The No-Fly Zone in Legal Perspective [online], Yale Journal of International Law, 2011 [cit. 2011-26-4]

Dostupné z: <http://www.yjil.org/docs/pub/o-36-schmitt-wings-over-libya.pdf>

zastavit násilí proti vlastním obyvatelům, je z pohledu systematiky Charty zřejmé, že snahy Organizace spojených národů by měly vést primárně mírovou cestou. Z tohoto pohledu se jeví postup Rady bezpečnosti v souladu s Chartou a jejími cíli. Na druhou stranu má však Rada bezpečnosti pravomoc, pokud dojde k názoru, že neozbrojené opatření by nebylo účinné, přistoupit rovnou k donucení ozbrojené povahy.⁴

Je otázkou, do jaké míry byla předvídatelná reakce libyjského režimu na první přijatou rezoluci. Informace, které se hned z počátku objevovaly v médiích, nebylo možné zaručeně ověřit a postavit na nich právně závazné rozhodnutí. Činnost zahraničních novinářů byla zásadně omezena, jelikož byli pod přísným dozorem libyjské tajné policie a nemohli tak sdělovat potřebné informace. Právě proto, že na počátku neexistovaly podložené konkrétní důkazy o protiprávním jednání libyjského režimu, a také proto, že Charta sama ve své hierarchii hovoří nejdříve o donucení neozbrojené povahy, se jeví postup a donucení skrze čl. 41 jako adekvátní. Opačný postup, tedy okamžité užití síly podle článku 42 Charty, by navíc Radu bezpečnosti vystavil patrně mezinárodní kritice (viz. výzvy Indie či Ruska k mírovému řešení situace) a její postup by byl označován jako aktivistický. Zmražení účtu vybraným představitelům libyjského režimu, či omezení jejich pohybu a rozšíření embarga uvaleného na dovoz zbraní, bylo v tomto smyslu první vlaštovkou, nutnou pro přikročení k vojenské akci v případě, že by neozbrojená opatření této rezoluce nevedla k nápravě.

Jelikož výzvy mezinárodního společenství ani předchozí rezoluce č. 1970 neměly vážnější dopad na stále eskalující se násilí, byla Rada bezpečnosti nucena použít síly k jejímu zastavení. Rada bezpečnosti tak 17. března 2011 přijala rezoluci č. 1973⁵, kterou zřídila tzv. „bezletovou zónu“ a zaujala tak tvrdý postoj vůči krvavému libyjskému povstání. Rezoluce č. 1973 byla tedy v tomto kontextu dlouho očekávanou odpovědí mezinárodního společenství na rostoucí násilí v Libyi. Stejně jako řada předchozích rezolucí Rady bezpečnosti, i tato rezoluce čelí kritice a má svá specifika.

Mezi úskalí, které druhá „libyjská rezoluce“ obsahuje, patří zejména vymezení rozsahu oprávnění, která rezoluce uděluje ke své realizaci. Mezi nejpodstatnější otázky, dotýkající se vojenské akce, patří zejména její oprávněnost, charakter a rozsah. Aktuálně diskutovanou otázkou je také možnost odstranění Muamara Kaddáfího za účelem ochrany obyvatelstva na základě oprávnění, poskytovaných přijatou rezolucí č. 1973.

⁴ srov. čl. 42 Charty OSN

⁵ Rezoluce Rady bezpečnosti č. 1973 ze dne 17.3. 2011

Zákaz vměšování se do vnitřních pravomocí jako překážka pro ozbrojenou akci ?

Evergreenem mezi argumenty, které kritizují donucení ozbrojené povahy nejen na základě rezolucí OSN, se opakovaně stává ustanovení článku 2. odst 7 Charty OSN. Nevměšování se do vnitřních pravomocí států patří z hlediska systematiky Charty do výčtu hlavních zásad činnosti OSN. Z tohoto důvodu se objevují poněkud účelové námitky (například ze strany stávajícího libyjského režimu), že OSN a také státy mezinárodního společenství se musí takového jednání v daných případech vyvarovat⁶. Při pozorném čtení, však musíme dojít k závěru, že na konci sedmého odstavce si Charta ponechává možnost použití donucovacích opatření tak, jak je upravuje její sedmá kapitola.

Vyvstává však v této souvislosti legitimní otázka, jaký druh vměšování vlastně toto ustanovení zakazuje. Historickým výkladem lze dovodit, že odstavec sedmý měl vytyčit hranici mezi otázkami spadajícími čistě do vnitrostátní pravomoci států a mezi otázkami, které podléhají pravomoci OSN. V době vzniku Charty tak měl tento článek posílit vnitrostátní pravomoci členského státu a dát mu určitou suverenitu v některých oblastech. Z dnešního pohledu se však mezinárodní právo stále globalizuje a okruh otázek, které spadají výlučně do vnitrostátní pravomoci, se rapidně zmenšuje⁷.

Aktuálně lze mezi oblasti, které spadají výlučně do pravomoci členských států zahrnout například mezinárodní obchodní vztahy či ekonomické sankce, státní zřízení, systém voleb, či státní politiku vůči tzv. vyhoštěným osobám.⁸ Odděleně však stojí problematika lidských práv, která podle některých členů také původně spadala do vnitrostátní pravomoci členských států. Tento postoj však byl mezinárodním společenstvím rychle odmítnut⁹ (jelikož by tímto byly popřeny samotné základní principy OSN) a byla potvrzena pravomoc OSN i v lidskoprávních otázkách a jejich dodržování.

⁶ V minulosti skrze toto ustanovení argumentovala například Indie, proti ozbrojenému zásahu NATO na území bývalé Jugoslávie, ve snaze uplatnit analogicky ochranu před vměšováním se do vnitřních pravomocí států i proti jednání cizího státu či organizace (a nikoliv pouze před jednáním OSN).

⁷ Příkladem může být posilování pravomocí jednotlivých institucí či jejich vznik, v rámci Evropské unie na úkor pravomoci členských států.

⁸ In: Simma B., *The Charter of the United Nations a commentary*. 2. Vyd. New York: Oxford University Press Inc., 2002, s. 156-168

⁹ Rozhodnutí Valného shromáždění OSN č. 616 a 721 ve věci Jihoafrické republiky a politiky apartheidu

Na základě těchto argumentů je pak nutné posuzovat situaci v Libyi, a právě v násilí páchaném na obyvatelstvu a s tím spojeným porušováním lidských práv, vidět klíčový prostor pro akci Rady bezpečnosti. Ta v tomto smyslu koná svou povinnost, kterou jí svěřili signatáři Charty. Druhým, podpůrným argumentem budiž fakt, že i kdyby se v případě Libye jednalo o vměšování se do vnitřních pravomocí, stále není dle Charty vyloučena možnost vojenského zásahu, pokud budou naplněny předpoklady pro ozbrojenou akci uvedené v kapitole sedm. Hrozba pro mír byla v tomto případě jasně stanovena tzv. první libyjskou rezolucí (č. 1970) a bylo by i tak možné, z pohledu mezinárodního práva, k vojenské akci přistoupit. V návaznosti na tuto rezoluci je zřízení bezletové zóny bezesporu akcí ozbrojené povahy, která je předvídána kapitolou sedm Charty¹⁰. V tomto světle jsou argumenty představitelů libyjského režimu, že Rada bezpečnosti jedná v rozporu s článkem 2. odst. 7 a snaží se tímto postupem účelově změnit politický režim v zemi, zcela liché neboť dodržování mezinárodního míru a otázka lidských práv jsou v současném mezinárodním právu nejdůležitějšími hodnotami.

Rezoluce č. 1973 jako povolení k likvidaci plukovníka Kaddáfího

Vymezení pravomoci, které přináší „druhá libyjská rezoluce“ i její samotný cíl se zdá být pro většinu veřejnosti stále nevyřešenou hádankou. O to horší je fakt, že cíl není pravděpodobně znám ani samotným členům Rady bezpečnosti či organizacím (NATO, Liga arabských států), které za prováděním rezoluce stojí. Rezoluce č. 1973 přinesla nejasný a poměrně široký mandát, jehož účelem je primárně ochrana civilistů.¹¹ Cílem rezoluce však není pouze obecná ochrana civilistů, ale také ochrana obydlených měst a oblastí, před potenciální hrozbou útoku. Ačkoliv rezoluce vysloveně vylučuje vojenskou přítomnost (okupaci) koaličních vojsk v Libyi, opravňuje koaliční síly k útoku nejen na přímo útočící jednotky Muammara Kaddáfího, ale také na veškeré jednotky, ale i vojenské objekty, které jsou v budoucnu způsobilé ohrozit či napomoci k ohrožení civilního obyvatelstva.

Na základě takto široce dané pravomoci mohou koaliční síly zaměřovat také kasárna či jiná vojenská zařízení stávajícího vládního režimu, aniž by překračovaly pravomoc udělenou touto rezolucí. V tomto smyslu, lze tedy vidět ambici rezoluce oslabit výrazným způsobem Kaddáfího režim a podpořit tak nepřímou povstalecké hnutí. To sebou může přinést i pravděpodobnou změnu vlády uvnitř země.

¹⁰ Srov. čl. 42 Charty OSN

¹¹ Srov. Rezoluce Rady bezpečnosti č.1973 ze dne 17. 3. 2011

Neméně důležitou otázkou, kterou rezoluce č. 1973 obsahuje, je otázka zda na základě rezoluce může dojít i k odstranění Muammara Kaddáfího. Zdrojem nejasností je na tomto místě formulace, opravňující členské státy k ochraně civilistů a jimi obývaných oblastí „všemi nezbytnými prostředky“.¹² Nebývale široce stanovené pravomoci této rezoluce proto přispívají k úvahám o možném odstranění Kaddáfího, za předpokladu, že se tento postup bude jevit jako jediná možná cesta k ochraně civilního obyvatelstva.¹³ Potíže, které sebou tato rezoluce nese, tkví také v tom, že dosud nebyl vhodně vymezen rozsah rezoluce ani samotnou OSN a chybí tak autentický výklad.¹⁴

Z povahy věci a také z obecně platného principu proporcionality vyplývá, že provádění rezoluce musí korespondovat s bezpečnostním rizikem a reálnými hrozbami, které v danou chvíli libyjský režim představuje. Těžko si lze představit bombardování institucí státní správy, které by přímo nesouvisely s vojenskými operacemi proti civilnímu obyvatelstvu. V tomto kontextu, by patrně nebylo možné zaměřit palác či bydliště Muammara Kaddáfího aniž by bylo předem jasné, že jeho odstraněním dojde skutečně k zastavení vojenských akcí. Jestli je však cílem rezoluce ochrana obyvatelstva před vojenskými útoky, těžko bude zárukou jejich zastavení právě smrt libyjského vůdce. Vojenské jednotky jsou v daném případě i pod velením jeho synů, což snižuje pravděpodobnost zastavení násilí v případě odstranění Kaddáfího. Princip proporcionality a adekvátnosti by tu proto zcela jistě nebyl naplněn.

Širokým mandátem se Rada bezpečnosti jednoznačně postavila proti ozbrojeným útokům na civilní obyvatelstvo a také proti soustavnému porušování lidských práv. Pravomoc nejen chránit civilisty před aktuálními útoky, ale také možnost zasáhnout proti hrozbě útoků posouvá Radu bezpečnosti z dříve kritizované pozice statisty do role orgánu, který skutečně naplňuje svou základní odpovědnost za udržování míru, tak jak mu ukládá Charta OSN.

¹² Srov. odst. č. 4 Rezoluce č. 1973

¹³ Srov. What does UN Security Council Resolution 1973 permit ? [online], [cit. 2011-26-4]

Dostupné z: <http://www.ejiltalk.org/what-does-un-security-council-resolution-1973-permit/>

¹⁴ Viz. Our panel of legal experts discuss UK's basis for military action in Libya [online], [cit. 2011-27-4]

Dostupné z: <http://www.guardian.co.uk/law/2011/mar/21/international-law-panel-libya-military>

Literature:

- David, V. Sankce v mezinárodním právu. 1. vyd. Brno: Universita J. E. Purkyně v Brně- právnická fakulta, 1976. s. 152
- Čepelka, Č., Šturma, P. Mezinárodní právo veřejné. 1. vyd. Praha: Eurolex Bohemia, 2003. s. 751
- Chesterman, S., Franck, M. T., Malone, M. D. Law and Practice of the United Nations. 1. vyd. New York: Oxford University Press, 2008, s. 342
- Simma, B. The Charter of the United Nations a commentary. 2. Vyd. New York: Oxford University Press Inc., 2002. s. 895

- What does UN Security Council Resolution 1973 permit ? [online], [cit. 2011-26-4]
- Dostupné z: <http://www.ejiltalk.org/what-does-un-security-council-resolution-1973-permit/>

- Our panel of legal experts discuss UK's basis for military action in Libya [online], [cit. 2011-27-4]
- Dostupné z: <http://www.guardian.co.uk/law/2011/mar/21/international-law-panel-libya-military>

- Wings over Libya: The No-Fly Zone in Legal Perspective [online], Yale Journal of International Law , 2011 [cit. 2011-26-4]
- Dostupné z: <http://www.yjil.org/docs/pub/o-36-schmitt-wings-over-libya.pdf>

Contact – email

stolina@karneval.cz

NORMOTVORNÁ ČINNOST MEZINÁRODNÍ ORGANIZACE PRÁCE

JAROSLAV STRÁNSKÝ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra pracovního práva a
sociálního zabezpečení, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá normotvornou činností Mezinárodní organizace práce, a to z pohledu základních pravidel jejího fungování a legislativních procedur, které se při vytváření jejích závazných právních aktů uplatňují. Pozornost je věnována především principu tripartitního zastoupení zúčastněných států, který je pro Mezinárodní organizaci práce specifický a který významně ovlivňuje výstupy její činnosti, včetně výstupů nejvýznamnějších, jimiž jsou úmluvy Mezinárodní organizace práce. Příspěvek se vyjadřuje také k hodnocení funkčnosti a účinnosti legislativní činnosti Mezinárodní organizace práce.

Key words in original language

Mezinárodní pracovní právo; Mezinárodní organizace práce; Úmluva; Standardy výkonu práce; Tripartitní princip

Abstract

The main focus of the article pertains to the legislative activities of the International Labour Organization. The fundamental rules of operation and legislative procedures followed within the process which leads to adopting the binding legal instruments issued by the International Labour organization are particularly addressed. Attention is paid to the tripartite representation principle, while this specific feature of the International Labour organization does remarkably affect its activities, including the most important activity, which represents the issuing of International Labour Organization Conventions. The article does also give an opinion on the evaluation of efficiency and effectiveness of International Labour Organization legislative activities.

Key words

International Labour Law; International Labour Organization; Convention; Labour Standards; Tripartite Principle

1. ÚVOD

Ve svém příspěvku se chci zaměřit na činnost a působení Mezinárodní organizace práce (dále jen „MOP“), a to především z hlediska jejích výstupů, kterými jsou právně závazné smlouvy, stanovící

mezinárodněprávní standardy pravidel pro řadu aspektů výkonu závislé práce zaměstnanci pro zaměstnavatele v pracovněprávních vztazích.

Postup vytváření těchto mezinárodních standardů a jejich následného transponování do vnitrostátních právních řádů vykazuje v kontextu obecných pravidel mezinárodní normotvorby určité zvláštnosti. Tyto zvláštnosti reflektují jednak historický vývoj a poslání činnosti MOP a jednak především specifické strukturální uspořádání a z něj vyplývající jednací a procedurální postupy této mezinárodní organizace.

V úvodních částech příspěvku proto vyjdu právě z historického a politického pozadí vzniku a formulování hlavních myšlenek a hodnot, které MOP vyznává. Po nastínění vnitřního strukturálního uspořádání a základních mechanismů činnosti a rozhodování jednotlivých orgánů pak přejdu k samotnému popisu legislativní činnosti, jejímiž výstupy jsou kromě jiných dokumentů především úmluvy.

V závěrečné části se zaměřím na určité zhodnocení legislativní činnosti MOP a poukážu i na určité názory podrobující především účinnost normotvorného působení MOP kritickému pohledu.

2. VZNIK A POSLÁNÍ MEZINÁRODNÍ ORGANIZACE PRÁCE

MOP byla založena po 1. světové válce v rámci Versailleského mírového procesu. Závazek k vytvoření, jakož i základní pravidla činnosti a fungování této zakládané organizace, byl obsažen přímo v uzavřené Versailleské smlouvě¹, a to v její Části XIII.

Založení MOP jako mezivládní organizace s cílem pracovat na uskutečňování programu a naplňování hodnot uvedených ve Versailleské smlouvě ve vztahu k práci na jedné straně bezprostředně reflektovalo historickou zkušenost 1. světové války a zapadalo do snahy smluvních stran mírové smlouvy napříště předejít opakování hrůzných událostí s ní spojených.

Myšlenka vytvořit mezinárodní organizaci zaměřenou na otázky spojené s výkonem práce zaměstnanců pro zaměstnavatele, jež by svou činností přispívala k formulování univerzálně platných pravidel a garancí minimálních standardů pro osoby pracující v podřízeném postavení se ovšem nenarodila až v souvislosti s ukončením 1. světové války. Návrhy na vytvoření takové organizace byly formulovány už mnoho let dříve a i v předválečném období proběhly určité pokusy o založení organizace

¹ Tato smlouva zůstává i v současné době součástí českého právního řádu jako smlouva č. 217/1921 Sb.

zaměřující se tímto směrem.² Teprve období bezprostředně následující po událostech světové války spojené s úvahami o jejích příčinách a o zajištění budoucího mírového vývoje ovšem vyústilo v definitivní poznání a nalezení shody zúčastněných států na tom, že mezi nezbytné a neopominutelné podmínky úspěšného předcházení ničivých válečných konfliktů patří i dosažení a udržení sociálního smíru.

Se zřetelem k tomuto hlavnímu výchozímu cíli, který má platit i jako základní smysl existence a působení MOP, Versailleská smlouva výslovně zakotvila určité principy a cíle činnosti, které spolu s pravidly vnitřního uspořádání a fungování MOP tvoří její Ústavu. Hned v její preambuli je vyjádřeno základní poslání činnosti MOP, jímž je zlepšování pracovních podmínek ve snaze o dosažení sociální spravedlnosti a při vědomí toho, že neutěšené pracovní podmínky představují příčinu nespravedlnosti, bídy a strádání, ale rovněž i ohrožení obecného a trvalého míru.

Článek 427 Versailleské smlouvy pak obsahuje jakýsi demonstrativní výčet základních principů, které se smluvní strany zavázaly dodržovat a které vtělily MOP jako základní stavební kameny její činnosti, navazující na deklarované poznání, že tělesné, mravní a intelektuální blaho zaměstnanců se musí těšit mezinárodnímu významu, a práce jako taková nemůže být považována za prostý předmět obchodu. Mezi tyto základní a jednotící zásady patří mimo jiné zajištění práva na svobodné sdružování zaměstnanců i zaměstnavatelů, spravedlivá a rovná odměna za vykonanou práci, dodržování nejvýše osmačtyřicetihodinového pracovního týdne, odstranění dětské práce nebo zajištění dozoru nad dodržováním pracovněprávních předpisů o ochraně zaměstnanců.

Lze tedy shrnout, že MOP byla zakládána s vizí nastavování určitých jasných pravidel fungování světového hospodářství, která zajistí, že hospodářský rozvoj půjde ruku v ruce se sociální spravedlností a prosperitou, z níž se budou těšit všichni zúčastnění³.

K určité nejen formální, ale i ideové restrukturalizaci činnosti MOP došlo v souvislosti s událostmi 2. světové války. Ještě před jejím skončením, v květnu roku 1944 byla při příležitosti 26. zasedání Generální konference MOP přijata tzv. Filadelfská deklarace, která doplnila a zopakovala některé hlavní cíle činnosti MOP a stala se přílohou Ústavy MOP.

Tento dokument zopakoval a potvrdil zásadu, podle níž práce není pouhým zbožím, a dále doplnil, že svoboda projevu a svoboda sdružování zůstává nezbytnou podmínkou pokroku, že kdekoli existující chudoba představuje

² Viz k tomu Servais, J. M.: *International Labour Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2005, s. 21 - 24.

³ *International Labour Organization: Rules of the Game. A Brief Introduction to International Labour Standards*, Geneva: International Labour Office, 2009, s 9.

nebezpečí pro blahobyt všech a že boj proti nouzi musí být veden s neumdlévající energií v každém národě a trvalý, a sdruženým úsilím mezinárodním, a to při svobodné diskusi a demokratickém rozhodování zástupců pracujících, zaměstnavatelů a vlád.

V posledním období činnost MOP ideově vychází z formulace požadavku sociální spravedlnosti a důstojné práce („decent work“) za podmínek globalizované ekonomiky. Svůj postoj k nelehkému úkolu, který představuje snaha o skloubení možnosti trvalého hospodářského rozvoje v rámci globální ekonomiky a zajištění slušných a důstojných pracovních podmínek, shrnula MOP v deklaraci schválené 98. zasedáním Generální konference práce v roce 2008⁴.

3. PRÁVNÍ POSTAVENÍ, STRUKTURA A FORMY ČINNOSTI MEZINÁRODNÍ ORGANIZACE PRÁCE

MOP je mezivládní mezinárodní organizací se sídlem v Ženevě, jejímiž členy jsou státy. V současné době má MOP po přistoupení Republiky Maledivy v květnu roku 2009 183 členů. Činnost MOP je finančně zabezpečována prostřednictvím příspěvků členských států. Úředními jazyky MOP je angličtina, francouzština, španělština, ruština, arabština a čínština.

MOP byla původně ustavena jako tzv. stálá úřadovna Společenství národů. Po rozpadu tohoto Společenství byla MOP v roce 1946 přijata do tehdy vznikajícího systému Organizace spojených národů (dále jen „OSN“) a stala se tak první tzv. specializovanou organizací OSN.

MOP má ve vztahu k OSN postavení přidružené organizace, což znamená, že její statut zůstává založen samostatnou mezinárodní smlouvou a k jejímu začlenění do systému OSN došlo až na základě další mezinárodní smlouvy, uzavřené Hospodářskou a sociální radou OSN a schválenou jejím Valným shromážděním. Postavení přidružené organizace předznamenává také to, že je postavení a fungování MOP vybudováno na principu relativní nezávislosti (autonomii) na OSN⁵.

Vnitřní uspořádání MOP je vybudováno na třech základních principech, kterými jsou princip univerzality, funkcionální reprezentace a příslušnosti k systému OSN⁶. Z hlediska její činnosti je určující především princip funkcionální reprezentace, který je rovněž významným specifickým MOP.

⁴ International Labour Organization: ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization. Geneva: International Labour Office, 2008.

⁵ Srov. Čepelka, Č., Šturma, P.: Mezinárodní právo veřejné, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 504 - 505.

⁶ Citováno podle Gregorová, Z.: Právní činnosti Mezinárodní organizace práce a jejich vztah k československému právu, Brno: Univerzita J. E. Purkyně, 1998, s. 20.

Princip funkcionální reprezentace, který je pevně zakotven v Ústavě MOP⁷, se projevuje v tom, že v rozhodovacích orgánech MOP nejsou zastoupeny pouze vlády členských států, ale jako rovnocenní partneři zde vystupují reprezentanti zaměstnavatelů a zaměstnanců, resp. odborových organizací.

Hlavním rozhodovacím orgánem MOP je Mezinárodní konference práce (International Labour Conference), která se koná v červnu každého roku v Ženevě. Každý členský stát zastupují na konferenci celkem čtyřmi delegáty. Z toho dva reprezentují vládu, jeden zaměstnavatele a jeden zaměstnance. Na plenárním jednání Mezinárodní konference práce disponuje každý z delegátů jedním hlasem. Mezinárodní konference je přitom tím orgánem, který mimo jiné rozhoduje i o schválení úmluv a doporučení MOP (viz dále).

Výkonným orgánem MOP je Správní rada (Governing Body), která se třikrát ročně schází v Ženevě. I složení Správní rady ovládá princip funkcionální reprezentace, takže jejími členy jsou opět zástupci vlád, zaměstnavatelů a zaměstnanců. Správní rada se skládá z 56 titulárních členů, z toho 28 vládních delegátů. Zbývajících 28 míst připadá na zástupce zaměstnavatelů a zaměstnanců.

Správní rada rozhoduje o konkrétním politickém směřování MOP, volí generálního ředitele Mezinárodního úřadu práce a mimo jiné tak é navrhuje program činnosti, který je následně postoupen ke schválení Mezinárodní konferenci práce.

Stálým sekretariátem, který poskytuje i personální a expertní zázemí činnosti MOP, je Mezinárodní úřad práce (International Labour Office) se sídlem v Ženevě. V čelen Mezinárodního úřadu práce stojí generální ředitel (v současné době je jím pan Juan Somavía). Nejen ve svém ústředí, ale i ve více než 40 regionálních úřadovnách zaměstnává úřad bezmála 2 000 zaměstnanců.

4. ZÁKLADNÍ RÁMEC LEGISLATIVNÍ ČINNOSTI MOP

Výše bylo nastíněno, že jedním ze základních cílů, pro jehož naplňování byla MOP založena, je formulování, přijímání a prosazování závazných standardů pro výkon práce v pracovněprávních vztazích. Naplňování této činnosti se neobejde bez legislativních nástrojů. Ústava MOP zakotvuje existenci dvou takových nástrojů, a to doporučení a mezinárodní úmluva (konvence).

Z hlediska naplňování cílů a zásad činnosti MOP mají sehrávají nesrovnatelně významnější úlohu úmluvy, které jsou závaznými mezinárodními smlouvami, jež mohou být poté ratifikovány členskými

⁷ Srov. zejména čl. 3 a čl. 7 Ústavy MOP

zeměmi. Doporučení zůstávají naproti tomu jen právně nezávaznými směrnicemi. Poměrně časté je to, že jsou úmluva i doporučení vydány ve vztahu k určité oblasti společně s tím, že úmluva závazně stanoví základní principy a doporučení tuto úmluvu podpírá prostřednictvím nastavení podrobných návodů vztahujících se například k provádění a aplikaci norem nastavených úmluvou.

Úmluvy MOP představují zvláštní a relativně svébytnou kategorii mezinárodních smluv. Jejich zvláštnost spočívá především v proceduře vedoucí k jejich vzniku a způsobu jejich konečného přijetí. Úmluvy MOP totiž neuzavírají a nepodepisují zástupci států, což je obvyklé u standardních mezinárodních smluv. Dále bude blíže popsáno, že o přijetí úmluv rozhoduje Generální konference práce na základě návrhu předloženého Mezinárodním úřadem práce. Takto schválený text, který je již definitivní, poté obdrží příslušné vnitrostátní orgány členských států, k tomu, aby rozhodly o jeho ratifikaci⁸.

Tento zvláštní způsob tvorby předznamenává určitou diskusi především o okamžiku dosažení jejich právní závaznosti. Stává se úmluva MOP právně účinnou a dovršenou mezinárodní smlouvou v okamžiku jejího schválení Generální konferencí práce, a nebo až její ratifikací členským státem? Pro určité východisko z této debaty přesvědčivě argumentuje Z. Gregorová, která dochází k závěru, že jestliže členské státy vyslovily souhlas s procedurou přijímání úmluv obsaženou v Ústavě MOP, musí již rozhodnutí příslušného schvalovacího orgánu mít za následek vytvoření platné mezinárodní mnohostranné úmluvy. V okamžiku svého schválení ovšem úmluva ještě není účinná, neboť státy v důsledku samotného schválení jejího textu ještě nemají povinnost naplňovat její obsah. K tomu dochází až na základě ratifikace členskými státy, kdy se úmluva stává účinnou ve vztahu k těm státům, které ratifikaci provedly⁹. Uvedený závěr potvrzují i texty samotných úmluv, které ve svých závěrečných ustanoveních zpravidla váží účinnost textu úmluvy na schválení ratifikace stanoveným minimálním počtem států (zpravidla jsou pro nabytí účinnosti předepsány minimálně dvě ratifikace)¹⁰.

Do současné doby přijala MOP 188 úmluv v řadě oblastí úpravy pracovněprávních vztahů. Z množství schválených úmluv lze některé považovat za úmluvy mající rozhodující a zásadní význam. Výčet těchto úmluv určila Deklarace MOP o základních principech a právech v práci, přijatá na 86. Mezinárodní konferenci práce v roce 1998, a označila je za úmluvy stanovící Základní pracovní standardy (Core Labour Standards). Jsou jimi:

⁸ Srov. Šepelka, Č., Šturma, P., op. cit., s. 190 - 191.

⁹ Gregorová, Z., op. cit., s. 52 - 53.

¹⁰ Srov. Servais, J. M., op. cit., s. 69 - 70.

Úmluva č. 29 z r. 1930 o nucené práci,

Úmluva č. 87 z roku 1948 o svobodě sdružování a ochraně práva organizovat se,

Úmluva č. 98 z r. 1949 o právu organizovat se a kolektivně vyjednávat,

Úmluva č. 100 z r. 1951 o rovnosti v odměňování,

Úmluva č. 105 z r. 1957 o odstranění nucené práce,

Úmluva č. 111 z r. 1958 o diskriminaci v zaměstnání a povolání,

Úmluva č. 138 z r. 1973 o minimálním věku, a

Úmluva č. 182 z r. 1999 o nejhorších formách dětské práce.

Ačkoli MOP obecně nevyvíjí takový tlak na členské státy, který by směřoval k ratifikaci přijatých úmluv, odstartovala v roce 1995 kampaň zacílenou na dosažení univerzální závaznosti uvedených osmi úmluv.

Česká republika všechny uvedené úmluvy ratifikovala.

5. PROCES SCHVALOVÁNÍ A PŘIJÍMÁNÍ NORMATIVNÍCH AKTŮ MOP

Základní pravidla procesu vedoucího k přijímání legislativních nástrojů vydávaných MOP nastavuje Ústava MOP ve svém čl. 19. Podrobnosti upravuje Jednací řád Mezinárodní konference práce.

Projednávání určité záležitosti nebo oblasti pracovněprávních vztahů předchází fáze vyhledávání a hodnocení podnětů k přijetí opatření. Orgánem, který rozhoduje o pořadu zasedání Mezinárodní konference práce, je Správní rada. Správní rada může přijímat podněty od všech členských států MOP, stejně jako i od jednotlivých zástupců zaměstnavatelů a zaměstnanců. Uzná-li Správní rada za vhodné, aby se Mezinárodní konference práce zabývala určitou oblastí, rozhodne o jejím zařazení na pořad konference a zadá Mezinárodnímu úřadu práce, aby ve vztahu k této záležitosti zpracoval přípravnou zprávu.

Obsahem této zprávy je především popis právních úprav nebo jiných opatření, která se v členských státech k posuzované problematice vztahují. Součástí této zprávy je také dotazník, jehož prostřednictvím jsou vlády jednotlivých členských zemí požádány jednak o sdělení informací o svých národních úpravách posuzované oblasti, a jednak o své stanovisko k tomu, zda by se MOP měla touto záležitostí zabývat. Zpráva a dotazník musí být členským zemím doručeny nejpozději 18 měsíců před konáním příslušné Mezinárodní konference práce. Členské státy musí po konzultaci s

nejreprezentativnějšími organizacemi zaměstnavatelů a zaměstnanců odpovědět nejpozději 11 měsíců před konáním konference.

Mezinárodní úřad práce vypracuje na základě obdržených odpovědí další zprávu a návrh opatření. Tyto materiály jsou poté předány jedné z pracovních komisí Mezinárodní konference práce a následně i k samotnému projednání na plénu konference. Konference může na své jednání zařadit další témata i svým vlastním rozhodnutím, a to na návrh kteréhokoli členského státu, který byl odsouhlasen dvoutřetinovou většinou všech delegátů. Obvykle se tak ale nestává a konference projednává jen ty body, které jí byly na pořad jednání určeny rozhodnutím Správní rady.

Kromě zvláštních a naléhavých případů projednává Mezinárodní konference práce návrhy na přijetí opatření v určité oblasti v režimu dvojího jednání. Konference tedy jedná o přijetí úmluvy nebo doporučení MOP na dvou po sobě jdoucích jednáních. Tento princip, založený na obvyklém parlamentním legislativním procesu dvojího čtení, zajišťuje dostatečný čas na prodiskutování jednotlivých bodů, možnost všech zúčastněných vyjádřit se k nim a najít kompromis nutný k přijetí opatření.

V rámci prvního jednání konference dochází zejména k rozhodnutí o tom, zda bude mít opatření MOP v uvažované oblasti formu úmluvy nebo doporučení. Konference se pak zabývá zprávou, kterou zpracoval a předložil úřad. Jejím obsahem bývá i pracovní návrh textu připravované úmluvy nebo doporučení, který tak prochází prvním čtením a diskusí nad jednotlivými body.

Na základě rozhodnutí konference, výsledků diskuse nad jednotlivým body v rámci prvního čtení, a odpovědí jednotlivých států připraví Mezinárodní úřad práce do dvou měsíců po skončení definitivní návrh znění úmluvy nebo doporučení, který je pak rozeslán členským státům. Vlády jednotlivých zemí musí opět požádat o stanoviska zástupce zaměstnavatelů a zaměstnanců a předat MOP případné připomínky. Na jejich základě pak úřad připraví definitivní text návrhu úmluvy či doporučení, který je pak předložen k druhému projednání konferenci.

Konference pak vede diskusi o každém jednotlivém článku navrhovaného textu. Dojde-li ke shodě o konečném znění, zvláštní komise připraví závěrečný text úmluvy nebo doporučení. O tomto závěrečném návrhu hlasuje plénum konference. Pro přijetí návrhu je nezbytné dosažení dvoutřetinové většiny přítomných delegátů. Jestliže je schvalována úmluva a při konečném hlasování nebylo dosaženo potřebné dvoutřetinové většiny, ale bylo dosaženo nadpoloviční většiny, může se návrh stát předmětem zvláštní úmluvy uzavřené jen mezi těmi státy, které si přejí tuto úmluvu přijmout. Konference může také rozhodnout o tom, že neschválený návrh úmluvy, který nicméně získal nadpoloviční podporu delegátů, bude přepracován v návrh doporučení.

Dvě vyhotovení schválené úmluvy nebo doporučení podepíše předseda konference a generální ředitel MOP. Jeden exemplář bude poté uložen v archivu MOP a druhý poslán generálnímu tajemníkovi OSN.

Ověřenou kopii textu schválené úmluvy MOP odešle generální ředitel jednotlivých členským státům za účelem ratifikace. Ústava MOP ukládá každému členskému státu povinnost předložit zpravidla do 12 měsíců od ukončení zasedání konference text úmluvy k posouzení orgánu, do jehož kompetence spadá rozhodnutí o ratifikaci (zpravidla parlament). Jestliže tento orgán rozhodne o ratifikaci, uvědomí členský stát o této skutečnosti generálního ředitele MOP a provede taková opatření, která jsou nezbytná k uskutečnění závazků vyplývajících z ratifikované úmluvy.

Jestliže úmluva nebude členským státem ratifikována, vznikne členskému státu pouze povinnost předkládat generálnímu řediteli zprávy o stavu svého zákonodárství, v nichž vysvětlí, v jaké míře bylo vyhověno nebo má být vyhověno požadavkům úmluvy, a vyloží, jaké důvody znemožňují nebo oddalují její ratifikaci.

Ústava MOP dále ukládá členským státům, které ratifikovaly úmluvu, předkládat Mezinárodnímu úřadu práce výroční zprávy o opatřeních, které byly učiněny k provedení úmluv. Tyto zprávy musí být upraveny ve formě předepsané Správní radou a musí obsahovat podrobnosti, které bude Správní rada požadovat.

Ve vztahu k legislativnímu procesu, vedoucímu k přijímání normativních aktů MOP, je třeba podtrhnout význam principu tripartitního uspořádání. Jak bylo totiž popsáno, rozhoduje o konečné podobě úmluv i doporučení Mezinárodní konference práce MOP složená ze zástupců vlád, odborů a zaměstnavatelů. Zástupci zaměstnavatelů a zaměstnanců tak nejsou stavěni do role pouhých připomínkových míst, se kterými by měly být návrhy legislativních opatření v pracovněprávní oblasti jen projednávány. Delegáti zastupující zaměstnavatele a zaměstnanci se totiž přímo podílí na přípravách přijímaného opatření a na jeho definitivním schválení.

Požadavek dvoutřetinové většiny delegátů konference, jejíž dosažení je k přijetí úmluvy nebo doporučení nezbytné, má zajišťovat, aby k přijetí těchto normativních aktů došlo na základě určitého konsensu mezi všemi třemi zúčastněnými stranami.

6. HODNOCENÍ VÝSLEDKŮ A ÚČINKŮ NORMOTVORNÉ ČINNOSTI MOP

Není nijak překvapující, že sama MOP pohlíží na výsledky své legislativní činnosti jako na nenahraditelné a nezastupitelné nástroje, které nastavují

právní rámec zajišťující důstojné a příznivé podmínky pro výkon práce v moderním světě a globální ekonomice¹¹.

Faktem ovšem je, že sama MOP cítí, že její přínos z hlediska nastavování vymahatelných minimálních standardů výkonu práce zdaleka není tak mocný, jak by sama chtěla. Základní problém, s nímž se její činnost potýká, spočívá v poměrně nízké úrovni ratifikací přijatých úmluv. V řadě států, které jsou členy MOP, se tak lze setkávat s velmi vážnými případy porušování i těch základních principů, které jsou pro činnost MOP určující.

Řešení této určité krize se MOP snažila najít v přijetí Deklarace o základních principech a právech v práci z roku 1998. MOP se v ní pokusila o jakési znovu potvrzení svých vůdčích principů a poslání. Jádrem této deklarace spočívá především ve vyjmenování jakýchsi „tvrdých“ práv a principů, které by členské státy MOP měly dodržovat jen z titulu svého členství v MOP, i když neratifikovaly úmluvy, které se jimi zabývají. Mezi tyto principy byla uvedena svoboda sdružování a kolektivního vyjednávání, zákaz všech forem nucené práce, účinný zákaz dětské práce a zákaz diskriminace v pracovněprávních vztazích.

Tato deklarace a především na ní založené optimistické přesvědčení, že deklarace sama o sobě představuje cestu ven z krize činnosti MOP, byla podrobena silné kritice. Tak například P. Alston i po určitém časovém odstupu potvrdil své již dříve formulované výhrady k nadšené glorifikaci deklarace a nabídl několik opatření, která by podle jeho názoru měla být uplatněna za účelem zlepšení naplňování základních práv zaměstnanců v 21. století¹². Patří mezi ně mimo jiné provedení důkladného empirického vyhodnocení faktické účinnosti deklarovaných principů, vybudování nezávislé skupiny expertů, která by kriticky zhodnotila výsledky aktivit MOP nebo propojení aktivit MOP s dalšími mezinárodními institucemi a hledání společných cest k prosazování základních práv zaměstnanců¹³.

Silně kritický účet vztahující se k činnosti MOP jako takové vystavil mimo jiné také A. Hyde, podle nějž MOP ve svém proklamovaném úsilí o nastavování univerzálního rámce důstojných a slušných pracovních podmínek víceméně selhává¹⁴. K tomuto závěru dochází především na

¹¹ Rules of the Game, op. cit., s. 9.

¹² Alston, P.: Facing up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda, in The European Journal of International Law, 2005, roč. 16, č. 2, s. 467 - 480.

¹³ Alston, P., op. cit., s. 479 - 480.

¹⁴ Hyde, A.: The International Labour Organization in the Stag Hunt for Global Labor Rights, in Law & Ethics of Human Rights, 2009, roč. 3, č. 2, s. 153 - 179.

základě velmi nízkého počtu ratifikací úmluv MOP přijatých v posledních letech¹⁵.

Z pohledu České republiky, která je v současné době vázána 57 ratifikovanými úmluvami MOP¹⁶, je třeba připustit, že především ty úmluvy, které zasahují do oblastí stojících mimo pozornost práva Evropské unie, představují velmi důležité pilíře platné právní úpravy pracovněprávních vztahů. Jejich význam se projevuje především v souvislosti s různými uvažovanými legislativními změnami, a to nejen ve vztahu k zákoníku práce, ale v poslední době i k připravovanému novému občanskému zákoníku. Úprava obsažená v úmluvách MOP často představuje jakousi poslední „záchrannou brzdu“ před některými návrhy, které směřují k omezení základních práv zaměstnanců nebo odborových organizací v pracovněprávních vztazích.

Současně se ovšem ukazuje, že skutečný význam mají z tohoto pohledu pouze ratifikované úmluvy, které mají povahu závazné (tvrdé) normy. Abstraktně formulované principy, deklarace a proklamace zpravidla k žádnému hmatatelnému účinku nevedou. Uvedený fakt bohužel předznamenává, že výše nastíněné kritické přístupy k efektivitě činnosti MOP mají své racionální opodstatnění. Míra ratifikace úmluv je totiž především v rozvojových zemích velmi nízká. Tyto země přitom nezatajují, že je pro ně ratifikování úmluv v řadě případů nepředstavitelné, neboť jejich podrobnost a komplexnost požadavků vyplývajících z jejich textů neodpovídá faktické úrovni hospodářské a sociální vyspělosti. Navíc by přijetí požadavků mělo v konkrétních případech negativní vliv na konkurenceschopnost těchto zemí v rámci mezinárodního obchodu¹⁷.

Názory poukazující na určitou krizi činnosti MOP, či na rozcestí, na němž se tato již déle než 90 let existující organizace ocitá, tedy rozhodně nelze brát na lehkou váhu.

7. ZÁVĚR

MOP byla v době po 1. světové válce zakládána s velkými ambicemi. Z formulace jejího poslání a základních principů je určující především idea sociálního smíru jako podmínky udržitelného mírového vývoje.

Za více než 90 let své existence MOP svou činností rozhodně dosáhla na poli formulování minimálních standardů výkonu práce v závislém postavení pozoruhodných úspěchů. V současné době poznamenané drtivou globální

¹⁵ Hyde, A., op. cit., s. 158.

¹⁶ Přehled úmluv MOP ratifikovaných Českou republikou je k dispozici na webových stránkách MOP: <http://www.ilo.org/ilolex/english/newratframeE.htm>

¹⁷ Srov. Hyde, A., op. cit., s. 166.

konkurencí, kdy klíčovou snahou všech ekonomických hráčů, mezi nimiž tahají státy za stále kratší konec, je především flexibilně se přizpůsobovat výkyvům trhů a udržet svou konkurenceschopnost, se může zdát, jako by se úsilí MOP dostávalo kamsi na slepou kolej.

MOP se formulací určitých tezí snaží vzbuzovat dojem, že na výzvy moderní doby reaguje a přizpůsobuje se jí. Pravdou ovšem je, že od počátku své existence je MOP vybudována na v zásadě neměnném strukturálním modelu a vůdčích principech. Navzdory snaze o jejich znovu utvrzení a posílení je ale konfrontována s krutou realitou, když totiž rozhodující část hlavních výstupů jejího působení, tedy schválených a přijatých úmluv, zůstává v důsledku nízkého počtu ratifikací jen prázdnou literou. Uzamyká se tak v koloběhu časově, administrativně a finančně obrovsky nákladných činností, jejichž výsledky se pak ale stávají jen symbolem, majícím pramalý reálný účinek ve vztahu ke zlepšování pracovních podmínek.

Jakkoli si MOP takovou diskusi jen velmi nerada připouští, nemůže se podle mého názoru v budoucnu vyhnout vážným úvahám o změně paradigmatu ve vztahu ke svému fungování, působení především a vynucování dosažených výsledků. Těmto úvahám se těžko může vyhnout i samotné strukturální uspořádání a princip tripartitní reprezentace MOP. Je totiž tvrdým faktem, že se členské základny odborových organizací povážlivě ztenčují a může přijít doba, kdy odborové centrály ztratí i zbytky reprezentativnosti, jejichž zdání se v současné době ještě snaží vzbuzovat.

Význam poslání, se kterým byla MOP bezmála před stoletím zakládána, se současné době rozhodně neztrácí. Zcela naopak mám za to, že potřeba rozhodné a důsledné činnosti směřující k nastavování závazných a univerzálních „pravidel hry“ je v současné době mimořádně silná. Má-li být ovšem tvůrcem, garantem a strážcem těchto pravidel právě MOP, nemůže přehlížet vážné trhliny v účinnosti výsledků svého úsilí a vyhýbat se debatám o své roli v současném světě a hledání jiných, případně dalších nástrojů pro hmatatelné uskutečňování svého poslání

Literature:

- Alston, P.: Facing up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda, in *The European Journal of International Law*, 2005, roč. 16, č. 2. s. 467 - 480. ISSN 0938-5428.
- Čepelka, Č., Šturma, P.: *Mezinárodní právo veřejné*, Praha: C. H. Beck, 2008. 840 s., ISBN 978 80 7179 728 9.
- Gregorová, Z.: *Právní činnosti Mezinárodní organizace práce a jejich vztah k československému právu*, Brno: Univerzita J. E. Purkyně, 1998. 146 s.

- Hyde, A.: The International Labour Organization in the Stag Hunt for Global Labor Rights, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2009, roč. 3, č. 2, s. 153 - 179. ISSN 1938-2545.
- International Labour Organization: *Rules of the Game. A Brief Introduction to International Labour Standards*, Geneva: International Labour Office, 2009. 106 s., ISBN 978 92 2 122182 1.
- International Labour Organization: *ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*. Geneva: International Labour Office, 2008. 22 s., ISBN 978-92-2-121617-9.
- Servais, J. M.: *International Labour Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2005. 346 s., ISBN 90 411 2392 X.

Contact – email

jaroslav.stransky@law.muni.cz

OSOBNÍ PŮSOBNOST NAŘÍZENÍ BRUSEL I VE SVĚTLE PROBÍHAJÍCÍ REVIZE

KLÁRA SVOBODOVÁ, TEREZA KYSELOVSKÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá otázkou osobní působnosti nařízení Brusel I ve světle jeho probíhající revize. V současné podobě je osobní působnost nařízení založena na podmínce bydliště žalovaného v některém členském státě EU. Z tohoto pravidla existuje jen několik málo výjimek. Dle připravované revize by se mělo nařízení aplikovat i v situaci, kdy bude mít žalovaný bydliště mimo EU. Tento příspěvek rozebírá současný stav osobní působnosti nařízení, navrhovanou změnu a její dopad na jednotlivá ustanovení v nařízení.

Key words in original language

Nařízení Brusel I, osobní působnost, bydliště, revize

Abstract

This paper deals with the question of personal scope of Regulation Brussels I in the light of the ongoing revision of this instrument. At present, the personal scope of the Regulation depends on the condition that a defendant has domicile in one of the Member States. There are only few exceptions to this rule. Under the revised version, the Regulation would be applicable also in the situation, in which the defendant has the domicile outside the EU. This paper analyzes the present situation of the personal scope, the revised version and its impact on the particular provisions of the Regulation.

Key words

Regulation Brussels I, personal scope, domicile, revision

Úvod

Tento příspěvek se zabývá otázkou osobní působnosti nařízení Brusel I¹ ve světle jeho probíhající revize. V současné podobě je osobní působnost nařízení založena na podmínce bydliště žalovaného v některém členském státě EU. Z tohoto pravidla existuje jen několik málo výjimek. Dle připravované revize by se mělo nařízení aplikovat i v situaci, kdy bude mít žalovaný bydliště mimo EU. Tento příspěvek rozebírá současný stav osobní

¹ 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 citováno jako nařízení Brusel I/nařízení).

působnosti nařízení, navrhovanou změnu a její dopad na jednotlivá ustanovení v nařízení.

Působnost nařízení Brusel I

Nařízení Brusel I je základním procesním předpisem pro justiční spolupráci v Evropské unii. Cílem nařízení je volný pohyb rozhodnutí v občanských a obchodních věcech stanovením jednotných pravidel pro příslušnosti soudů a uznání a výkonu rozhodnutí.² Nařízení Brusel I se vztahuje na nároky ze smluvních, odpovědnostních a vlastnických vztahů v přeshraničních sporech, tzn. řízení s relevantním mezinárodním prvkem mezi soukromými fyzickými a právnickými osobami.³ Nařízení nahradilo Bruselskou úmluvu o pravomoci a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech z roku 1968.

Pro správnou a řádnou aplikaci předpisů je nutno zkoumat jejich územní, časovou věcnou a osobní působnost. Z hlediska územní působnosti je nařízení Brusel I právně závazné a aplikovatelné na území členských států EU⁴ (včetně Dánska, které má zvláštní režim pro justiční spolupráci v rámci Smlouvy o fungování Evropské unie⁵).

Nařízení se vztahuje na řízení zahájená a veřejné listiny vypracované po vstupu nařízení v platnost, tedy od 1. března 2002⁶ (pro Českou republiku od 1. května 2004).

Z hlediska věcné působnosti je významný článek 1. Nařízení Brusel I se vztahuje na věci občanské a obchodní bez ohledu na druh soudu. Nevztahuje se zejména na věci daňové, celní a správní. Nařízení se vztahuje na řízení mezi soukromými osobami, nikoliv na řízení s veřejnoprávními osobami, které jednají ve výkonu veřejné moci.⁷ Článek 1 odst. 2 nařízení Brusel I výslovně vylučuje některé otázky, které do rozsahu působnosti nařízení nespadají. Tyto otázky byly vyloučeny z důvodů jejich rozdílného zařazení do soukromého, resp. veřejného práva v jednotlivých členských státech. Některé z nich jsou také předmětem jiných mezinárodních smluv (například Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů)

² Bod 6 Preamble k nařízení Brusel I.

³ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 48.

⁴ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 23.

⁵ Dánsko přistoupilo k bruselskému režimu samostatnou mezinárodní smlouvou s EU ze dne 1. 7. 2007.

⁶ Článek 66 a 76 nařízení Brusel I.

⁷ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 52.

nebo evropských předpisů (například Rady (ES) č. 4/2009 ze dne 18. prosince 2008 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovacích povinností). Nařízení Brusel I se nevztahuje na věci osobního stavu, způsobilosti fyzické osoby k právům a právním úkonům, majetkové vztahy mezi manželi a dědění, včetně dědění ze závěti; konkursy, vyrovnání a podobná řízení; sociální zabezpečení; rozhodčí řízení.

Z hlediska osobní působnosti jsou významné články 2 - 4, jejichž rozboru se věnuje následující kapitola.

Osobní působnost - zásada bydliště žalovaného v členském státě EU

Základní pravidlo pro obecnou působnost je obsaženo v článku 2. Dle odst. 1 *"nestanoví-li toto nařízení jinak, mohou být osoby, které mají bydliště na území některého členského státu, bez ohledu na svou státní příslušnost žalovány u soudů tohoto členského státu"*. Dle odst. 2 se *"na osoby, které nejsou státními příslušníky členského státu, v němž mají bydliště, se použijí pravidla pro určení příslušnosti, která se použijí pro jeho vlastní státní příslušníky"*.

Nařízení Brusel I je možné aplikovat, má-li žalovaný bydliště na území EU, státní příslušnost žalovaného není pro účely nařízení rozhodující. Tato úprava je potvrzením zásady *actor sequitur forum rei*. Jak vyplývá z judikatury Soudního dvora EU, nařízení se použije bez ohledu na bydliště žalovaného, které může být i mimo území EU.⁸ Nařízení Brusel I nezakládá pravomoc konkrétního soudu členského státu, tato se určí dle národních procesních pravidel.⁹

Jak vyplývá z judikatury Soudního dvora EU, článek 2 je kogentní (*mandatory provision*), od které se státy nemohou odchýlit.¹⁰ Článek 2 proto neumožňuje využít zásady *forum non convenies*¹¹, známé zejména v systému common law.

Jak bylo uvedeno výše, je nařízení Brusel I založeno na zásadě bydliště žalovaného, jeho státní příslušnost není pro účely nařízení rozhodující. Pojem bydliště je dále rozveden pro osoby fyzické (článek 59) a osoby

⁸ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 71.

⁹ Ibid.

¹⁰ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 72.

¹¹ Dle zásady *forum non conveniens* se soud může na základě vlastní úvahy prohlásit nepřislušným, existuje-li jiný soud, jenž by byl pro řízení vhodnější. In Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 280 a násl.

právnícké (článek 60). Článek 59 neobsahuje autonomní definici bydliště u fyzických osob. Obsahuje kolizní normu, podle které pro posouzení, zda má strana bydliště na území členského státu, u kterého bylo zahájeno řízení, použije soud své právo. Nemá-li strana bydliště v členském státě podání návrhu na zahájení řízení, pak na základě zásady *lex fori* použije soud své právo pro posouzení bydliště žalovaného. Nařízení Brusel I obsahuje autonomní definici bydliště právnických osob v článku 60. Dle tohoto ustanovení má obchodní společnost, jiná právnícká osoba, sdružení fyzických nebo právnických osob bydliště v místě, kde má tato osoba své sídlo, nebo ústředí nebo hlavní provozovnu. Článek 60 obsahuje dále pravidla pro bydliště právnických osob v případě Spojeného království a Irsko (odst. 2) a trusů (odst. 3). Výjimku v ustanovení článku 60 je možné nalézt v článku 22 odst. 2 v případě řízení o platnosti založení, nulity nebo zrušení právnických osob.

Článek 2 odst. 2 nařízení Brusel I obsahuje zásadu asimilace. Podle tohoto ustanovení se na osoby, které nemají státní příslušnost členského státu svého bydliště, použijí pravidla pro určení příslušnosti pro státní příslušníky tohoto státu.

Nařízení Brusel I výslovně stanoví, že osoby, které mají bydliště na území některého členského státu, mohou být u soudů jiných členských států žalovány pouze na základě pravidel stanovených v oddílech 2 - 7 nařízení.¹² Jedná se o taxativní výčet.¹³ Nařízení výslovně stanoví, že na osoby mající bydliště na území některého členského státu nesmí být použita zejména pravidla pro určení příslušnosti uvedená v Příloze 1.¹⁴ Pravidla uvedená v Příloze 1 jsou tzv. exorbitantními důvody, která nejsou vhodná pro mezinárodní pravidla o příslušnosti. Jsou založeny například na pravidlech státní příslušnosti, poloze movitostí apod.¹⁵

Má-li žalovaný bydliště mimo území některého členského státu, pak se příslušnost soudů každého členského státu určuje podle jeho vlastních právních předpisů. Uvedené pravidlo *lex fori* se neuplatní v případě článků 22 a 23.¹⁶ Za stejnou výjimku je možné považovat i článek 24, který se aplikuje bez ohledu na bydliště žalovaného. Pravidla speciální příslušnosti pro pojistné, spotřebitelské a individuální pracovní smlouvy nebrání aplikaci

¹² Článek 3 odst. 1 nařízení Brusel I.

¹³ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 74.

¹⁴ Článek 3 odst. 2 nařízení Brusel I.

¹⁵ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 74.

¹⁶ Článek 4 odst. 1 nařízení Brusel I.

článku 4.¹⁷ Rozhodnutí vydané soudem členského státu na základě tohoto ustanovení je uznatelné a vykonatelné ve všech členských státech EU. Pravidla nařízení Brusel I týkající se uznání a výkonu cizích rozhodnutí neobsahují pravidlo bydliště žalovaného, musí se jednat pouze o rozhodnutí vydané soudem některého členského státu.¹⁸ Může se tak jednat o uznání a výkon rozhodnutí proti žalovanému s bydlištěm mimo území EU. Článek 4 je nutné vykládat v souvislosti s článkem 72 nařízení, který se týká dohod uzavřených mezi členským státem a třetí nečlenskou zemí o neuznání některých rozhodnutí proti žalovaným s bydlištěm nebo obvyklým pobytem na území třetí země.

Proti žalovanému s domicilem mimo území členského státu EU každá osoba, která má bydliště na území některého členského státu, může v tomto státě odvolávat bez ohledu na svou státní příslušnost na pravidla pro určení příslušnosti platná v tomto státě, zejména na pravidla uvedená v příloze I, stejným způsobem jako jeho vlastní státní příslušníci.¹⁹

Výjimky ze zásady bydliště žalovaného v členském státě EU

Text nařízení Brusel I počítá výslovně se třemi výjimkami ze zásady bydliště žalovaného v členském státě EU. Za prvé se jedná o články 9 odst. 2, 15 odst. 2 a 18 odst. 2. Druhou výjimku představuje článek 22 a třetí článek 23. Problematický v tomto ohledu zůstává článek 24 nařízení.

Články 9 odst. 2, 15 odst. 2 a 18 odst. 2

Tato ustanovení se týkají speciální příslušnosti ve věcech pojišťovacích, ve věcech spotřebitelských smluv a ve věcech individuálních pracovních smluv. Společným účelem těchto příslušností je ochrana slabší strany. Slabší strana je v zásadě chráněna třemi způsoby. Pokud je slabší strana žalovaným, může být žalována pouze v tom členském státě, kde má bydliště.²⁰ Pokud je žalobcem, má možnost výběru, kde podá žalobu. Kromě členského státu, kde má bydliště smluvní partner, je to vždy ve státě, který

¹⁷ Mankowski uvádí příklad pojistitele, jenž nemá domicil na území některého členského státu EU, přesto může být před soudy těchto států žalován podle jejich národních pravidel. Bude-li mít ovšem pobočku nebo provozovnu v jednom z členských států, bude považován za domicilovaného v tomto členském státě. In Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 76.

¹⁸ Článek 32 nařízení Brusel I.

¹⁹ Článek 4 odst. 2 nařízení Brusel I.

²⁰ Viz články 12, 16 odst. 2, 20 odst. 1 nařízení Brusel I.

má blíže k slabší straně.²¹ A v neposlední řadě je v těchto případech omezena možnost prorogace.²²

Zatímco v případě slabších stran (jako žalovaných) dopadají ochranná ustanovení pouze na osoby s bydlištěm v EU, v případě stran silnějších toto není nutné. Články 9 odst. 2, 15 odst. 2 a 18 odst. 2 stanoví, že nemá-li pojistitel, smluvní partner spotřebitele či zaměstnavatel bydliště na území členského státu, avšak má v některém členském státě pobočku, zastoupení nebo jinou provozovnu, je s ním při sporech vyplývajících z jejich provozu jednáno tak, jako by měl bydliště na území tohoto členského státu. Tato ustanovení obsahují fikci bydliště. I když osoba nemá bydliště v EU, je s ní jednáno, jako by bydliště v některém členském státě měla.

Příslušnost ve věcech pojišťovacích, spotřebitelských a pracovních je upravena pouze oddíly 3, 4 a 5. Tyto oddíly vylučují použití jiných ustanovení o příslušnosti obsažených v nařízení s výjimkou těch, na které je přímo odkazováno. Toto je případ článku 4 a článku 5 odst. 5. Odkaz na článek 4 znamená, že i u speciálních příslušností platí, nemá-li žalovaný bydliště na území některého členského státu, určuje se příslušnost soudů členského státu podle jeho vlastních právních předpisů. To však neplatí v případě, kdy pojistitel, smluvní partner spotřebitele nebo zaměstnavatel mají v členském státě pobočku, zastoupení či jinou provozovnu. V takovém případě se s nimi zachází, jako kdyby měli bydliště v EU, a mohou na ně dopadat pravidla obsažená v nařízení. Tuto situaci je nutné odlišit od situace, kterou řeší článek 5 odst. 5. Článek 5 odst. 5 je jednou z tzv. alternativních příslušností, která se použije tehdy, kdy má osoba bydliště v jednom členském státě a v jiném členském státě má pobočku, zastoupení či jinou provozovnu.²³

Článek 22

Článek 22 obsahuje pravidla výlučné příslušnosti. Výlučná příslušnost podle článku 22 musí být vždy respektována a má přednost před všemi ostatními pravidly příslušnosti. Pravidla obsažená v článku 22 vychází ze zvláště úzkého spojení s územím určitého státu. Z úvodní věty článku 22 vyplývá, že pravidla tam obsažená budou aplikována bez ohledu na bydliště stran. Článek 22 je rovněž výslovně uveden jako výjimka v článku 4, podle kterého žalovaný s bydlištěm mimo EU podléhá národním předpisům o příslušnosti.

²¹ Viz články 9, 10, 11, 16 odst. 1, 19 nařízení Brusel I.

²² Viz články 13, 17, 21 nařízení Brusel I.

²³ Viz rovněž Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 273, 307, 318 - 319, 329 - 331.; Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 169 - 176.

Článek 22 má přednost před obecným pravidlem o příslušnosti obsaženým v článku 2 i před pravidly obsaženými v člancích 5 a 6. Výlučná příslušnost nemůže být změněna prorogační dohodou stran ve smyslu článku 23 ani tzv. tichou prorogací ve smyslu článku 24. V případě, že je zahájeno řízení u soudu členského státu a soudy jiného státu mají výlučnou příslušnost podle článku 22, je soud, u něhož bylo řízení zahájeno, povinen bez návrhu prohlásit, že není příslušný.²⁴ Porušení pravidel výlučné příslušnosti je důvodem pro odmítnutí uznání a výkonu rozhodnutí podle článku 35.

Článek 22 se bez dalšího použije, pokud některé z kritérií v něm obsažené (např. poloha nemovitosti) ukazuje k členskému státu. Bydliště žalovaného či jiná vazba s EU se nevyžaduje.²⁵

Nařízení Brusel I neřeší situaci, kdy mají výlučnou příslušnost soudy státu, který není členem EU, např. nemovitost se nachází na území třetího státu. Pokud žalovaný v daném sporu nemá bydliště v EU, nařízení se nepoužije. Sporná je situace, kdy žalovaný má bydliště na území některého členského státu. Podle některých názorů jsou v tomto případě použitelná ostatní ustanovení o příslušnosti, zejména článek 2. Jiný názor tvrdí, že pouze kritéria obsažená v článku 22 jsou v daných situacích vhodná a soud členského státu by měl odepřít svoji příslušnost.²⁶

První názor vychází z kogentní povahy pravidel o příslušnosti obsažených v nařízení. Kogentní povaze nasvědčuje především samotný text článku 2.²⁷ Kogentní povaze článku 2 přisvědčil i ESD v rozhodnutí *Owusu*.²⁸ ESD uvádí, že *článek 2 Bruselské úmluvy má povahu kogentní normy a, jak vyplývá z jeho samotného znění, připustit odchylku zásady, která je v něm stanovena, je možné pouze v případech výslovně uvedených v dané úmluvě*. ESD dospěl k závěru, že soud členského státu nemůže odepřít na základě vnitrostátního pravidla svoji příslušnost ve prospěch soudu třetího státu, je-li dána jeho příslušnost na základě nařízení. ESD však vůbec povahu možné příslušnosti soudu třetího státu nezvažoval. V případě *Owusu* neměly soudy na Jamajce výlučnou příslušnost.²⁹

²⁴ Článek 22 nařízení Brusel I.

²⁵ Viz Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 347.

²⁶ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 348.

²⁷ Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 186.

²⁸ Rozsudek Soudního dvora ze dne 1.3.2005, C-281/02 Andrew Owusu v N.B. Jackson a ostatní.

²⁹ Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 187.

Druhý přístup vychází z teorie reflexivního účinku (*reflexive effect, effet réflexe*). Tato teorie dává možnost se odchýlit od kogentní povahy článku 2. Tvrdí, že pokud si členské státy nárokují v určitých případech výlučnou příslušnost, měly by totéž v podobných případech dovolit třetím státům. Tato teorie je založena na vzájemnosti, zdrženlivosti a zdvořilosti. Je nelogické, že český soud je jednoznačně nepřislušný v případě nemovitosti, která se nachází v Německu, ale může být příslušný, pokud jde o nemovitost v Chorvatsku. V případě nemovitosti v Německu je český soud povinen prohlásit svoji nepřislušnost. V případě nemovitosti v Chorvatsku může být příslušnost českého soudu dána na základě bydliště žalovaného, místa plnění smlouvy či prorogační dohodou. Ve všech případech jde o kritéria, která stojí podle nařízení Brusel I v hierarchii níže než výlučná příslušnost. Teorie reflexivního účinku se snaží hierarchii pravidel vytvořenou nařízením přenést i na vztah ke třetím státům. Soud členského státu by tak měl odeprít svoji příslušnost v případě, kdy je příslušnost soudu třetího státu založena na hierarchicky vyšším kritériu. V neposlední řadě, pokud soud členského státu rozhodne o otázce, ve které má soud členského státu výlučnou příslušnost, nebude toto rozhodnutí ve třetím státě uznáno.³⁰

V případě aplikace teorie reflexivního účinku však není jisté, co je základem pro odmítnutí příslušnosti. Je to samotné nařízení Brusel I nebo národní právo? Podle první z možností by mělo nařízení výslovně stanovit, že soud členského státu může odmítnout příslušnost. Jedná se o logické rozšíření pravidel obsažených v nařízení. Tato možnost vychází ze zásady, že nařízení obsahuje univerzální soubor pravidel. Druhá možnost odkazuje na použití národního práva, protože samotné nařízení není určeno k řešení této otázky.³¹ Použití národních pravidel pro odmítnutí příslušnosti se však ve světle rozhodnutí *Owusu* zdá neudržitelné.

Nařízení Brusel I výslovně neřeší situaci, kdy soud třetího státu má výlučnou příslušnost a žalovaný má bydliště v EU. Řešení této otázky nabízí teorie reflexivního účinku, která však nebyla potvrzena rozhodnutí ESD. Naopak rozhodnutí ESD zdůrazňující kogentní povahu článku 2 směřují spíše k úvahám, zda tato teorie vůbec existuje. Základem odmítnutí příslušnosti nemůže být národní právo, jediným základem by mohlo být samotné nařízení.

Článek 23

Další výjimkou, se kterou výslovně počítá článek 4, je článek 23. Článek 23 vyžaduje, aby alespoň jedna ze stran prorogační smlouvy měla bydliště na

³⁰ Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 188 - 189.

³¹ Tamtéž, s. 190.

území některého členského státu. Procesní postavení stran je zcela irrelevantní, protože v době, kdy je prorogační smlouva uzavírána, není jisté, kdo bude žalobcem a kdo žalovaným.

Článek 23 se obecně nepoužije v situaci, kdy strany s bydlištěm mimo území EU prorogují příslušnost soudu členského státu. V tomto případě se však aplikuje specifické ustanovení článku 23 odst. 3, který vylučuje možnou příslušnost soudů ostatních členských států. Soudy ostatních členských států nemohou v dané věci rozhodovat, ledaže by zvolený soud odmítl příslušnost. Materiální i formální platnost prorogační smlouvy soud ovšem neposoudí podle článku 23, ale podle svého práva. Článek 23 odst. 3 dává přednost zvolenému soudu. Soudy ostatních členských států musí odmítnout svoji příslušnost. Mohou ji na základě svého práva přijmout pouze tehdy, pokud zvolený soud s konečnou platností odmítl svoji příslušnost.³²

Článek 23 se použije, má-li jedna ze stran bydliště v EU jak v době uzavření prorogační dohody, tak v době zahájení řízení. Nutně to nemusí být tatáž strana. Otázka zní, zda článek 23 pokrývá i situace, kdy jedna ze stran měla bydliště v EU v době uzavření dohody, ale neměla ho v době zahájení řízení a naopak. Odpověď na tuto otázku není zcela jednoznačná.³³

Nařízení Brusel I neřeší situaci, kdy je uzavřena prorogační dohoda ve prospěch soudů třetího státu. Vztahy ke třetím státům řeší Úmluva o dohodách o výběru soudu z roku 2005,³⁴ kterou zatím podepsala EU, Mexiko a Spojené státy americké. Ratifikovalo ji však pouze Mexiko. Stejně jako v případě výlučné příslušnosti i zde může vzniknout situace, kdy strany prorogují příslušnost soudů třetího státu, ale soud některého členského státu má příslušnost na základě nařízení, například článku 2 nebo 5. Striktní interpretace a kogentní povaha pravidel o příslušnosti by vedly k závěru, že soud členského státu je povinen přijmout příslušnost. Prorogační dohoda tak bude ignorována. I zde se objevuje teorie reflexivního účinku. Výše bylo uvedeno, že základem odmítnutí příslušnost může být pouze samotné nařízení Brusel I, nikoli národní právo.³⁵ Platnost takovéto dohody však není možné posoudit podle nařízení Brusel I. Podle

³² Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 391.

³³ Viz blíže Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 394; Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 218 - 219.

³⁴ Convention on Choice of Court Agreements. Text dostupný na <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98>.

³⁵ Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 234 - 235.

rozhodnutí ESD *Coreck Maritime*³⁶ posoudí soud členského státu, u kterého byla podána žaloba, platnost takovéto prorogace podle rozhodného práva včetně kolizních norem fora. ESD v tomto rozhodnutí dovolil národnímu soudu posoudit platnost prorogační doložky ve prospěch soudů třetího státu, čímž implicitně uznal její účinky. ESD v této souvislosti vůbec nezvažoval otázku bydliště žalovaného v EU. Dal najevo, že pravidla o příslušnosti obsažená v nařízení se nepoužijí.³⁷

Článek 24

Článek 24 upravuje tzv. tichou prorogaci neboli podřízení se příslušnosti. Podle tohoto ustanovení není-li soud jednoho členského státu příslušný již podle jiných ustanovení nařízení, stane se příslušným, jestliže se žalovaný dostaví k jednání k tomuto soudu. Podstatou článku 24 je dohoda stran o příslušnosti soudu. Tato dohoda je uzavírána mlčky a až po zahájení řízení. Žalobce podá žalobu u určitého soudu členského státu a žalovaný se podřídí příslušnosti tohoto soudu tím, že se účastní řízení. Příslušnost podle článku 24 nebude založena tehdy, pokud se žalovaný účastní pouze za účelem namítání nepřislušnosti. Účastí v řízení se má na mysli právní přítomnost žalovaného v řízení. Tichá prorogace není možná v případě, kdy soudy jiného členského státu mají výlučnou příslušnost. Tichá prorogace má přednost před předchozí prorogační dohodou.³⁸

Otázkou aplikace článku 24 zůstává, zda musí mít žalovaný či některá ze stran bydliště na území některého členského státu. Článek 24 tuto otázku výslovně neřeší, protože se o bydlišti stran vůbec nezmiňuje. V zásadě existují tři možné přístupy. Podle prvního z nich je nutné, aby měl žalovaný bydliště v EU. Tento přístup se opírá především o článek 4, který jako výjimky se zásady bydliště žalovaného uvádí pouze články 22 a 23. O článku 24 se nezmiňuje. Druhý, tzv. paralelní přístup vychází z toho, že články 23 a 24 jsou v nařízení umístěny ve stejném oddílu nazvaném Ujednání o příslušnosti. V případě článku 24 by tedy měla být aplikována stejná podmínka jako v případě článku 23. Alespoň jedna ze stran by měla mít bydliště v EU. Třetí a zároveň nejširší přístup nevyžaduje bydliště žalobce ani žalovaného na území některého členského státu. Tento názor je podpořen rozhodnutím ESD *Group Josi*.³⁹ Otázka aplikace článku 24 z pohledu osobního zůstává nejistá. Zdá se nepravděpodobné, že by autoři

³⁶ Rozsudek Soudního dvora ze dne 9.11.2000, C-387/98 *Coreck Maritime GmbH v Handelsveem BV* a ostatní.

³⁷ Kruger, T. *Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States*. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 234 - 235.

³⁸ K tiché prorogaci viz podrobně Magnus, U., Mankowski, P. *Brussels I Regulation*. München : Sellier European Law Publishers. s. 437 - 448.

³⁹ Rozsudek ESD ze dne 13.7.2000, C-421/98 *Group Josi Reinsurance Company SA v Universal General Insurance Company (UGIC)*.

nařízení v článku 4 výslovně zmínili články 22 a 23 a opomněli článek 24, kdyby měl být rovněž výjimkou.⁴⁰ *Jenard* ve své Zprávě k Bruselské úmluvě uvádí, že článek 24 dopadá pouze na žalované s bydlištěm v některém členském státě.⁴¹ Nelze však opomíjet ani postoj ESD, i když se objevuje pouze v odůvodnění, které není pro národní soudy závazné. Podstatou paralelního přístupu je předvídatelnost aplikace nařízení Brusel I. Ta je však opodstatněná v případě prorogační dohody, která může být uzavírána dlouho před vznikem sporu. U podřízení se příslušnosti mohou obě strany rozumně předvídat aplikaci nařízení Brusel I.⁴²

Revize nařízení Brusel I

V současné době probíhá rozsáhlá odborná diskuze zúčastněné veřejnosti, členských států, dalších orgánů a odborníků k revizi stávajících pravidel pro určení příslušnosti soudů v nařízení Brusel I. Dle článku 73 nařízení Brusel I je Komise povinna nejpozději do pěti let po vstupu nařízení v platnost předložit Evropskému parlamentu, Radě a Hospodářskému a sociálnímu výboru zprávu o uplatňování tohoto nařízení. V případě potřeby předloží ke zprávě návrhy na její změnu.

Dne 21. dubna zveřejnila Komise Zprávu o uplatňování nařízení Brusel I⁴³ a současně Zelenou knihu o posouzení nařízení Brusel I⁴⁴. Komise zohlednila také výsledky několika studií k různým aspektům revize, zejména tzv.

⁴⁰ Chlebcová, R. The Impact of Civil Jurisdiction Rules on Third States (Article 4). In Dny práva - 2008 - Days of Law [online]. Brno : Masarykova univerzita, 2008 [cit. 2011-05-04]. s. 644. Dostupné z <<http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/index.html>>.

⁴¹ Jenard, P. Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, ÚV C 59 s. 1 - 65, 5.3.1979.

⁴² Viz Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 446 - 448; Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 120 - 123.

⁴³ Commission of the European Communities. Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Brussels, 21.4.2009, COM(2009) 174 final (dále citováno jako Zpráva Komise).

⁴⁴ Commission of the European Communities. Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. Brussels, 21.4.2009, COM(2009) 175 final (dále citováno jako Zelená kniha).

Heidelberské zprávy⁴⁵ a v prosinci 2010 navrhla revidované znění textu nařízení Brusel I.⁴⁶

Jak uvádí Důvodová zpráva k návrhu revize nařízení Brusel I, "celkově je v EU neuspokojivý přístup ke spravedlnosti ve sporech, v nichž je žalovaným osoba z třetí země mimo EU". "Vyjma několika výjimek se stávající nařízení se použije pouze tehdy, když má žalovaný bydliště v rámci EU. V ostatních případech se příslušnost řídí vnitrostátním právem. Rozdílnosti ve vnitrostátním právu způsobují, že obchodní společnosti z EU nemají rovný přístup ke spravedlnosti při transakcích s partnery z třetích zemí: některé se mohou snadno domáhat soudní ochrany v EU, jiné nikoliv, a to dokonce v situacích, kdy není příslušný žádný jiný soud zajišťující řádný proces. V případech, kdy vnitrostátní právní předpisy nepřiznávají možnost obrátit se na soud ve sporech s osobami mimo EU, není navíc zaručen výkon mandatorního práva EU ochraňujícího určité osoby, např. spotřebitelů, zaměstnanců nebo obchodních zástupců."

Nařízení Brusel I v současné podobě neobsahuje pravidlo pro určení příslušnosti soudu členského státu v případě řízení proti žalovanému z třetího nečlenského státu. Cílem návrhu revidovaného textu je vytvoření jednotných pravidel s vyloučením aplikace národních procesních předpisů. Tento cíl je v souladu s právní úpravou vztahu ke třetím nečlenským státům EU v dalších předpisech evropského práva, jako nařízení Brusel II bis⁴⁷, nařízení o výživném⁴⁸, nařízení o insolenci⁴⁹, návrh nařízení o dědictví a závětech a dalších. Tento cíl je konzistentní s úpravou v nařízení Řím I⁵⁰ a nařízení Řím II⁵¹, jež obě mají univerzální působnost, a právo určené na základě těchto nařízení se použije bez ohledu na to, zda je právem některého z členských států, či nikoliv.

⁴⁵ Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, T. report on the Application of Regulation Brussel I in the Member States. Ruprecht-Karls-Universitaet Heidelberg, Institut für Ausländisches und Internationales Privat - und - Wirtschaftsrecht, Study JLS/C4/2005/03, 2007, s. 365.

⁴⁶ Návrh Nařízení Evropského parlamentu a Rady o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (přepřacované znění). 2010, KOM(2010) 748.

⁴⁷ Nařízení Rady (ES) č. 2201/2003 ze dne 27. listopadu 2003 o příslušnosti a uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti a o zrušení nařízení (ES) č. 1347/2000.

⁴⁸ Nařízení Rady (ES) č. 4/2009 ze dne 18. prosince 2008 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovacích povinností.

⁴⁹ Nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 ze dne 29. května 2000 o úpadkovém řízení.

⁵⁰ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (nařízení Řím I)

⁵¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11. července 2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (nařízení Řím II)

Je otázkou, nakolik má EU pravomoc vydávat právní předpisy upravující práva a povinnosti ke třetím nečlenským státům, neboť zde chybí potřebný úzký vztah k vnitřnímu trhu EU. Východiskem je článek 81 odst. 2 Smlouvy o fungování EU, který umožňuje přijímání opatření nezbytná zejména k řádnému fungování vnitřního trhu. Vnitřní trh je v této oblasti uveden pouze jako jeden z příkladů. Z toho dle Webera vyplývá, že vytváření evropského prostoru svobody, bezpečnosti a práva je jedním z cílů evropské politiky, který je nezávislý na vnitřním trhu.⁵² Je nutné vytvořit jednotná pravidla příslušnosti soudů a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí ve vztahu ke třetím nečlenským státům.

Navrhovaná právní úprava univerzální působnosti

Návrh Komise obsahuje následující právní úpravu. Dle (nového) článku 3 odst. 1 *"nestanoví-li toto nařízení jinak, mohou být osoby, které mají bydliště na území některého členského státu, bez ohledu na svou státní příslušnost žalovány u soudů tohoto členského státu"*. Dle odst. 2 *"na osoby, které nejsou státními příslušníky členského státu, v němž mají bydliště, se použijí pravidla pro určení příslušnosti, která se použijí pro jeho vlastní státní příslušníky"*. Dle (nového) článku 4 odst. 1 *"osoby, které mají bydliště na území některého členského státu, mohou být u soudů jiného členského státu žalovány pouze na základě pravidel stanovených v oddílech 2 až 7 této kapitoly"*. Do tohoto článku byl vložen nový odstavec stanovící, že *"osoby, které nemají bydliště na území žádného členského státu, mohou být u soudů některého členského státu žalovány pouze na základě pravidel stanovených v oddílech 2 až 8"*.

Projev univerzální působnosti u jednotlivých pravidel o příslušnosti

Univerzální působnost se dotkne většiny stávajících pravidel o příslušnosti obsažených v nařízení. Jedná o alternativní příslušnost, speciální příslušnost, prorogaci i tichou prorogaci. V důsledku univerzální příslušnosti navíc nařízení zavádí dvě nová pravidla o příslušnosti.

Alternativní příslušnost - články 5 a 6

Ve stávající podobě je možnost použití pravidel obsažených v člancích 5 a 6 podmíněna existencí bydliště žalovaného na území některého členského státu. Vyžadují se tak dvě spojení s územím EU - bydliště žalovaného a některé z kritérií obsažené v alternativních pravidlech (např. místo plnění či místo škodné události). Nově bude dostačující pouze umístění alternativních kritérií v EU. Bude tedy možné například žalovat u soudu členského státu

⁵² Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 4. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

osobu s bydlištěm ve třetím státě, pokud půjde o nárok z kupní smlouvy a místo dodání se bude nacházet v tomto členském státě.

Změna se však nedotkne článku 6 odst. 1, který upravuje spojení žalob proti několika žalovaným.⁵³ I nová podoba článku 6 odst. 1 uvádí: "*Osoba může být též žalována, má-li bydliště v členském státě a je-li žalováno více osob společně, u soudu místa, kde má bydliště některý ze žalovaných, za předpokladu...*" Článek 6 odst. 1 tak nadále dopadá pouze na žalované s bydlištěm v EU. Žalovaný s bydlištěm ve třetím státě nemůže být bez dalšího žalován, pokud jde o spojené nároky, před soudem členského státu, kde má jiný žalovaný bydliště. Není příliš zjevné, proč článek 6 odst. 1 zachází s osobami ze třetího státu v tomto případě jinak. Je-li hlavním smyslem tohoto ustanovení procesní ekonomie a snaha zabránit vydání neslučitelných rozhodnutí, stejné riziko hrozí i v případě žalovaných s bydlištěm mimo EU. Soud jiného členského státu může mít nyní příslušnost ohledně těchto osob na základě jiných ustanovení obsažených v nařízení. Navíc, pokud má nařízení nyní zcela nahradit národní pravidla o příslušnosti, vylučuje se tím i spojení žalob možné na základě národního práva.⁵⁴

Speciální příslušnost - články 8 - 20

Univerzální působnost nařízení se samozřejmě dotkne i pravidel speciální příslušnosti ve věcech pojišťovacích, spotřebitelských a pracovních. V současné podobě může slabší strana spoléhat na ochranná ustanovení pouze tehdy, má-li její smluvní partner bydliště na území EU. Výše bylo uvedeno, že pojistitel, smluvní partner spotřebitele a zaměstnavatel mají bydliště v EU i tehdy, pokud zde mají alespoň pobočku, zastoupení či jinou provozovnu. Nově bude moci slabší strana spoléhat na ochranná ustanovení i tehdy, pokud její smluvní partner bydliště v EU vůbec nemá, tedy nemá zde ani pobočku, zastoupení či jinou provozovnu. Fikce bydliště v podobě pobočky, zastoupení či jiné provozovny zůstane zachována. S těmito osobami bude nakládáno tak, jako kdyby v EU bydliště měly.

Ochranná ustanovení ale dopadají nadále pouze na slabší strany s bydlištěm na území některého členského státu. Pokud bude "silnější" strana s bydlištěm v EU před soudy členského státu žalovat slabší stranu s bydlištěm ve třetím státě, může spoléhat pouze na jiná pravidla obsažená v nařízení, zejména článek 5, článek 23 nebo nový článek 25. Otázka zní,

⁵³ K článku 6 odst. 1 viz např. Nový, Z. Výklad článku 6 odst. 1 nařízení Brusel I a zneužití práva na žalobu ve světle judikatury Evropského soudního dvora. In Dny veřejného práva [online]. Brno : Masarykova univerzita, 2007 [cit. 2011-05-04]. S.1111 - 1133. Dostupné z <<http://www.law.muni.cz/sborniky/Days-of-public-law/index.html>>.

⁵⁴ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 8 - 9. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

pokud nařízení podřizuje silnější strany ze třetích států speciálním ochranným pravidlům, nemělo by rovněž umožnit soudům členského státu odepřít příslušnost ve prospěch soudů třetího státu, kde má slabší strana bydliště? Například bude-li před soudem členského státu žalován spotřebitel, který má bydliště v některém třetím státě. Ochrana spotřebitele je jednou z politik EU, jejímž projevem je právě speciální příslušnost v článcích 15 - 17 nařízení. Není však zcela přesvědčivé tento přístup rozšiřovat i na třetí státy. Na druhou stranu, nařízení Řím I dopadá i na spotřebitele ze třetích států. Řešení této otázky tak není zcela jasné.⁵⁵

Prorogační dohody - článek 23

Na úvod je nutné poznamenat, že článku 22, tedy výlučné příslušnosti, se změna osobní působnosti nijak nedotýká. Toto ustanovení je nadále aplikovatelné bez ohledu na bydliště žalobce i žalovaného.

Změna se však dotýká úpravy prorogace v článku 23, jehož působnost se tak rozšiřuje. Zatímco dosud byl použitelný pouze tehdy, měla-li jedna ze stran bydliště v některém členském státě, bude nadále použitelný i tehdy, nemá-li žádná ze stran prorogační dohody bydliště v členském státě a tyto strany si volí soud nebo soudy členského státu. S tím souvisí i zrušení článku 23 odst. 3, který je v nových souvislostech nadbytečný.

Nová podoba článku 23 tak přináší osobám ze třetích států, které chtějí prorogovat soudy členského státu, jednotný režim prorogace platný ve všech členských státech. Tím se zvyšuje předvídatelnost a právní jistota těchto stran.⁵⁶ Článek 23 navíc nově zavádí jednotnou kolizní normu pro materiální platnost prorogační dohody.

Tichá prorogace - článek 24

Zavedení univerzální působnosti s definitivní platností odstraní spory, pokud jde o bydliště stran pro účely článku 24. Nyní zcela jistě nebude nutné, aby žalobce či žalovaný měli bydliště na území některého členského státu.

Nová pravidla o příslušnosti - články 25 a 26

⁵⁵ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 13 - 14. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>..

⁵⁶ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 7 - 8. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

Nařízení Brusel I nově zavádí dvě pravidla o příslušnosti - podpůrnou příslušnost obsaženou v článku 25 a *forum necessitatis* v článku 26. Článek 25 stanoví: "*Není-li žádný soud členského státu příslušný podle článků 2 - 24, jsou příslušné soudy členského státu, na jehož území se nachází majetek náležející žalovanému za předpokladu, že a) hodnota majetku není ve vztahu k hodnotě nároku nepřiměřená a b) spor vykazuje dostatečnou vazbu na členských stát, u jehož soudu byl podán návrh.*"

Článek 25 dopadá pouze na žalované s bydlištěm mimo EU. U žalovaných s bydlištěm v EU bude vždycky dána obecná příslušnost soudů členského státu podle článku 2 a nebyla by tak naplněna podmínka, není-li žádný soud příslušný podle článků 2 - 24. Na žalované s bydlištěm ve třetím státě lze článek 25 použít jen tehdy, nemá-li žádný soud členského státu příslušnost podle předchozích ustanovení v nařízení.

Článek 25 představuje tzv. exorbitantní pravidlo příslušnosti. Kritériem pro založení příslušnosti je zde přítomnost majetku žalovaného v členském státě. Toto pravidlo však není omezeno pouze na žaloby související s tímto majetkem, je myšleno jako obecná příslušnost. Pokud by se článek 25 opíral pouze o přítomnost majetku, jednalo by se o vysoce exorbitantní pravidlo. Toto je však zmírněno přítomností dvou omezujících požadavků: přiměřenost hodnoty majetku k hodnotě sporu a existence dostatečné vazby mezi soudem a sporem.⁵⁷

Pravidlo přiměřenosti hodnoty vychází z pravidla existujícího v rakouském právu, kde musí hodnota majetku představovat alespoň 20% hodnoty sporu. To znamená, například deštník zapomenutý v hotelu v určitém členském státě nemůže založit příslušnost pro spor v hodnotě milion euro. Existence dostatečné vazby je velmi neurčitým spojením, které stěží může garantovat právní jistotu. Dostatečná vazba není v nařízení blíže specifikována, a proto bude pravděpodobně velmi těžké dosáhnout jednotné interpretace v členských státech. Hrozí tak, že se soudy jednotlivých členských států uchýlí zpátky k aplikaci národních zásad. To by ovšem bylo v přímém rozporu s cílem nové verze nařízení, která má zcela nahradit národní pravidla o příslušnosti. Bylo by dobré, alespoň cestou demonstrativního výčtu, uvést, které skutečnosti mohou svědčit o dostatečné vazbě. Může se jednat například o bydliště žalobce, státní příslušnost, rozhodné právo, výkon podnikatelské činnosti, dostupnost důkazů či existenci souvisejících řízení. Bylo by rovněž vhodné specifikovat váhu jednotlivých kritérií. I v případě specifikace však samozřejmě hrozí, že nebudou pokryty všechny v úvahu přicházející případy.⁵⁸

⁵⁷ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 19. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

⁵⁸ Tamtéž, s. 19 - 20.

Článek 26 zavádí tzv. *forum necessitatis* a zní: *Není-li žádný soud členského státu příslušný podle tohoto nařízení, mohou soudy členského státu věc ve výjimečném případě rozhodnout, pokud to vyžaduje právo na spravedlivý proces nebo právo na přístup ke spravedlnosti, a zejména a) pokud řízení nelze rozumně zahájit nebo vést ve třetím státě, který vykazuje úzkou vazbu se sporem, nebo pokud by řízení bylo v tomto státě nemožné; nebo b) pokud rozhodnutí o nároku ve třetím státě by nebylo možné uznat a vykonat v členském státě, u jehož soudu bylo zahájeno řízení podle práva tohoto státu, a toto uznání a výkon jsou nezbytné k tomu, aby bylo zajištěno uspokojení práv žalobce; a spor vykazuje dostatečnou vazbu na členský stát, u jehož soudu byl podán návrh.*

Článek 26 garantuje právo na přístup ke spravedlnosti a je nezbytným nástrojem úplné unifikace pravidel o příslušnosti. I když je formulován velmi obecně, je menším zlem, než nechat řešení negativního konfliktu příslušnosti na národních pravidlech. Praktické využití článku 26 bude pravděpodobně malé. Weber uvádí dvě situace, kdy by mohl mít článek 26 svůj význam.⁵⁹

Článek 26 lze použít pouze v situaci, kdy soud žádného členského státu nemá příslušnost na základě předchozích pravidel obsažených v nařízení. Dopadá tedy opět na žalované s bydlištěm mimo EU. Článek 26 stanoví několik kumulativních kritérií, která musí být pro jeho aplikaci splněna. Za prvé se jedná o podmínku výjimečnosti použití. Článek 26 bude možné použít skutečně jen naprosto výjimečně, pokud budou naplněny všechny ostatní podmínky, se kterými počítá. Druhou podmínkou je zajištění práva na spravedlivý proces či práva na přístup ke spravedlnosti. Obecné naplnění této podmínky by nemuselo být problematické, protože členské státy jsou vázány jednotnými instrumenty v oblasti lidských práv. Za všechny v této souvislosti zmiňme článek 6 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a svobod.

Podmínka práva na spravedlivý proces je pak článkem 26 ještě specifikována. Za prvé právo na spravedlivý proces nebo spíše právo na přístup ke spravedlnosti není zajištěno, pokud hrozí negativní konflikt příslušností. Soudy v členských státech nemají příslušnost a řízení nelze zahájit nebo vést v třetím státě, který vykazuje úzkou vazbu se sporem. Tady je opět velmi nejasné vymezení úzké vazby. Jsou to pouze soudy třetího státu, kde má žalovaný bydliště? Nebo může být úzká vazba dána i jiným kritériem? Alternativní situací, kdy nebude zajištěno právo na spravedlivý proces, je situace, kdy rozhodnutí vydané ve třetím státě nebude možné v členském státě uznat a vykonat a bez tohoto výkonu nedojde

⁵⁹ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 21 - 22. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>..

k uspokojení práv žalobce. Podmínky uznání a výkonu si soud členského státu musí posoudit podle své národní úpravy.

Poslední podmínkou, kterou článek 26 stanoví, je existence dostatečné vazby mezi sporem a soudem členského státu, u něhož byla podána žaloba. Stejnou podmínku obsahuje i článek 25 a tato byla analyzována výše.⁶⁰

Nové pravidlo litispendence - článek 34

Současná podoba nařízení Brusel I obsahuje v článku 27 pravidlo litispendence, které dopadá pouze na případ paralelních řízení před soudy členských států. Soud, u něhož bylo řízení zahájeno později, je povinen přerušit řízení do doby, než se určí příslušnost soudu, který zahájil řízení jako první. Jakmile je určena příslušnost prvního soudu, soud druhý v pořadí se prohlásí za nepříslušný.

Jedná se více méně o mechanické pravidlo, kdy soudy nezvažují, který soud je vhodnější k projednání sporu. V pozadí tohoto pravidla stojí předpoklad, že je v zásadě jedno, který soud rozhodne spor, protože řešení bude více méně stejné. Vyžaduje se důvěra mezi jednotlivými státy.⁶¹ Takto nastavené pravidlo může fungovat mezi členskými státy EU, nelze je však bez dalšího aplikovat ve vztahu ke státům třetím. Pravidlo obsažené v článku 27 nařízení se uplatní v situaci, je-li ve dvou členských státech zahájeno řízení v téže věci mezi týmiž stranami. Pojmy stejná věc a stejná strana jsou vykládány autonomně a ESD se k jejich interpretaci několikrát vyjádřil.⁶² Pro aplikaci článku 27 není podstatné, na jakém pravidle založil soud členského státu svoji příslušnost. Použije se i tehdy, nemá-li žalovaný bydliště v EU a soud členského státu založil svoji příslušnost na národním pravidle.⁶³ Pravidlo litispendence mezi členskými státy zůstane zachováno i v nové podobě nařízení, dochází jen k několika dílčím zpřesněním a změnám.⁶⁴

Současná podoba nařízení výslovně neřeší situaci, kdy bylo jako první v pořadí zahájeno řízení u soudu třetího státu. Článek 27 není možné přímo

⁶⁰ K pravidlu podle článku 26 viz blíže příspěvek z této konference od J. Havlíčka.

⁶¹ Kruger, T. *Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States*. Oxford : Oxford University Press, 2008. s. 259.

⁶² Viz např. rozsudek Soudního dvora ze dne 8.12.1987, C-144/86 *Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palumbo*; rozsudek Soudního dvora ze dne 6.12.1994, C-406/92 *Tatry v Maciej Rataj*; rozsudek Soudního dvora ze dne 19.5.1998, C-351/96 – *Drouot Assurances Sa v Consolidated Metallurgical Industries*.

⁶³ Rozsudek Soudního dvora ze dne 27.6.1991, C-351/89 *Overseas Union Insurance Ltd. v New Hampshire Insurance Co.*

⁶⁴ Viz článek 29 odst. 2, článek 32 odst. 2 nové verze nařízení. Nově je rovněž upraven vztah k rozhodčímu řízení v článku 29 odst. 4.

použit, protože dopadá pouze na paralelní řízení v členských státech. Litispence v této souvislosti však může být řešena národním právem. Otázkou je, zda takováto národní pravidla umožňují odmítnout příslušnost danou nařízením ve prospěch soudů třetího státu. Teoreticky existují tři možné přístupy k této otázce. Podle prvního z nich nařízení tyto otázky vůbec neupravuje, a proto se použije národní právo. Druhý přístup připouští aplikaci nařízení jako takového s tím, že odmítnutí příslušnosti není možné, protože nařízení pro to neobsahuje žádné pravidlo. Tato varianta však není příliš konzistentní. Zdá se nelogické, aby byl soud členského státu povinen dát přednost soudu prvnímu v pořadí, pokud je to soud členského státu, ale nebyl povinen, pokud jde o soud třetího státu. Třetí možnost se opírá o reflexivní účinek článku 27. O reflexivním účinku bylo pojednáno už výše. I tady však vzniká otázka, co je základem odmítnutí příslušnosti. Samotné nařízení nebo národní právo? Ve světle rozhodnutí *Owusu* to s největší pravděpodobností nemůže být národní právo. Nařízení však výslovné pravidlo také neobsahuje. Jediným spolehlivým řešením by tak byla úprava této otázky v nařízení.⁶⁵

Nová verze nařízení přichází s výslovným pravidlem litispence ve vztahu ke třetím státům, a to v článku 34. Článek 34 odst. 1 stanoví: *"Jsou-li zahájena řízení v téže věci a mezi týmiž stranami před soudy ve třetím státě v době, kdy soud členského státu zahájil řízení, může tento soud bez ohledu na ustanovení článků 3 až 7 přerušit řízení, pokud a) soud třetího státu zahájil řízení jako první; b) lze očekávat, že soud třetího státu vydá přiměřené době rozhodnutí, které lze v tomto členském státě uznat a případně i vykonat; a soud je přesvědčen, že je tento postup zapotřebí k řádnému výkonu spravedlnosti."*

Článek 34 přináší úpravu paralelních řízení, která probíhají před soudem členského státu a soudem třetího státu. Pravidlo litispence není nastaveno zcela automaticky jako mezi členskými státy (viz výše), ale obsahuje několik specifických kritérií. I tady se ovšem musí jednat o stejnou věc mezi stejnými stranami. Rozdílná bude ovšem interpretace těchto pojmů. Hlavním smyslem litispence mezi členskými státy je zabránit vydání neslučitelných rozhodnutí. Existence neslučitelného rozhodnutí je důvodem pro odmítnutí uznání rozhodnutí podle článku 34. Pojmy stejná věc a stejné strany jsou tak vykládány autonomně. V případě řízení ve třetím státě hrozí riziko neslučitelných rozhodnutí pouze tehdy, může-li být toto rozhodnutí v členském státě uznáno podle jeho práva. Pojmy stejná věc a

⁶⁵ Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. s. 498 - 499.

stejně strany tak mohou být s ohledem na toto riziko vykládány pouze podle národního práva tohoto státu.⁶⁶

I přes různou definici těchto pojmů v členských státech má článek 34 svůj smysl. Pravidlo litispendence nesouvisí pouze s uznáním a výkonem rozhodnutí, ale má velmi blízko k pravidlům o příslušnosti. Pravidlo litispendence rozhoduje, který ze dvou stejně vhodných soudů má rozhodnout spor. Existence jednotného pravidla litispendence zvyšuje právní jistotu a předvídatelnost stran. Pokud by tato otázka byla zcela ponechána národnímu právu, úplná unifikace pravidel o příslušnosti by byla ohrožena.⁶⁷

Úvodní věta článku 34 odst. 1 uvádí, že soud členského státu může řízení přerušit bez ohledu na ustanovení článků 3 až 7. Na první pohled by se mohlo zdát, že článek 34 se nepoužije v případě, je-li příslušnost soudu členského státu založena na pravidlech obsažených v člancích 3 - 7. Pravý opak je však zjevně cílem. Bez ohledu na kogentní povahu těchto článků, se může článek 34 použít právě a pouze jenom v případech, kdy je příslušnost soudu členského státu založena na těchto pravidlech.⁶⁸ V případě, kdy má soud členského státu založenu příslušnost například článkem 22 či 23, nemůže ji v žádném případě odmítnout ve prospěch soudu třetího státu. Totéž platí i pro články 8 - 20, 24, 25 a 26.

Článek 34 obsahuje tři podmínky, které musí být splněny kumulativně, aby mohl soud členského státu řízení přerušit. Za prvé, soud třetího státu musel zahájit řízení jako první v pořadí (odst. 1 pís.a)). Za druhé lze očekávat, že soud třetího státu vydá v přiměřené době rozhodnutí, které je v členském státě uznatelné (odst. 1 pís. b)). Tady by bylo zřejmě vhodné specifikovat pojem přiměřená doba. Poslední a zároveň nejproblematictější podmínka stanoví, že soud členského státu je přesvědčen, že postup je zapotřebí k řádnému výkonu spravedlnosti. Toto spojení je velmi vágní a nepřispívá k předvídatelnosti příslušnosti. K řádnému výkonu spravedlnosti není zřejmě dostačující, že soud ve třetím státě zahájil řízení jako první a jeho rozhodnutí může být v členském státě uznáno. Článek 34 odst. 1 pís. c) dává prostor k subjektivnímu uvážení soudu, čímž se otvírají zadní vrátka k použití národních pravidel. Tato vágní podmínka by měla být zrušena a nahrazena podmínkou přesnější, například takovou, že soud třetího státu

⁶⁶ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 14 - 15. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

⁶⁷ Tamtéž, s. 15.

⁶⁸ Tamtéž, s. 16.

musí mít příslušnost, která odpovídá pravidlům obsažených v člancích 3 - 26.⁶⁹

Podle článku 34 může soud členského státu pokračovat v řízení, ať už na návrh strany nebo bez návrhu, pokud je splněna některá z podmínek uvedená v odst. 2: řízení před soudem třetího státu bylo přerušeno nebo nepokračuje, soud má za to, že řízení před soudem třetího státu pravděpodobně neskončí v přiměřené době nebo je zapotřebí pokračovat v řízení s ohledem na řádný výkon spravedlnosti. Soud členského státu řízení zastaví, pokud bylo řízení před soudem třetího státu ukončeno a toto rozhodnutí je vykonatelné v tomto státě nebo je uznatelné a vykonatelné v členském státě.

Nová podoba nařízení se výslovně nevypořádala s otázkou možného odmítnutí příslušnosti v případě, kdy soud třetího státu má výlučnou příslušnost nebo strany si výlučnou příslušnost soudu třetího státu sjednaly prorogační dohodou. Výše byla v této souvislosti zmíněna teorie reflexivního účinku, jejíž skutečné použití zůstává otázkou. Návrh nové verze nařízení se o reflexivním účinku nezmiňuje, zavádí pouze článek 34. Znamená to, že odmítnout příslušnost mohou soudy členského státu jen v situacích, se kterými počítá článek 34? Body 16 a 17 preambule nařízení uvádějí, že nařízení nyní zavádí ucelený soubor pravidel o mezinárodní příslušnosti a nadále by se již nemělo odkazovat, pokud jde o příslušnost, na národní právo. Založit odmítnutí příslušnosti na národním právu se zdá rovněž nemožné. Body 16 a 17 však hovoří pouze o pravidlech založení příslušnosti. Zahrnují však, a tedy i nařízení, i její odmítnutí.⁷⁰ Bylo by více než vhodné, aby nová verze nařízení tuto otázku vyjasnila.

Výhody univerzální působnosti

Zavedení univerzální působnosti jistě přispěje k posílení vnitřního trhu EU.⁷¹ A to například za situace multi-party řízení se vztahem k různým členským i nečlenským státům EU, kdy je za současného stavu nutné aplikovat různá pravidla. Jednotná pravidla také snižují náklady spojení s řízením, neboť je možné zahájit řízení proti žalovaným z členských i nečlenských států na základě jednotných pravidel. Výhody univerzální působnosti se projevují také v oblasti spotřebitelské ochrany. Spotřebitel je chráněn evropskými předpisy bez ohledu na to, zda podnikatel má nebo

⁶⁹ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 17. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

⁷⁰ Tamtéž, s. 11.

⁷¹ Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 5. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

nemá pobočku či zastoupení v členském státě EU. Univerzální působnost vylučuje rozdíly v přístupu ke spravedlnosti ve členských státech, které se mohou projevovat v odlišných důvodech pro stanovení pravomoci soudů v případech řízení se žalovaným z nečlenského státu EU.

Výhody univerzální působnosti lze nalézt nejen ve vztahu k posilování vnitřního trhu, ale také vylučují některá rozporná ustanovení v nařízení Brusel I. Weber upozorňuje zejména na situaci, kdy pro stanovení příslušnosti soudů postačuje hraniční určovatel bydliště žalovaného na území EU, přičemž jiní hraniční určovatelé v alternativních a speciálních příslušnostech nikoliv.⁷² Stejně tak spotřebitel, pojistník a zaměstnanec jsou chráněni pouze v případě, kdy je žalovaný domicilován na území EU. Tato otázka je dále spojena s aplikací mandatorních norem EU. Stejně tak je dle Webera neudržitelná situace, kdy aplikace nařízení Brusel I závisí na procesním postavení stran jako žalovaného nebo žalujícího.

Závěr

Zavedení univerzální působnosti nařízení Brusel I je skutečností, která přinese do tohoto předpisu a jeho aplikace řadu změn. Nařízení Brusel I bude použitelné i v situaci, kdy žalovaný nebude mít bydliště v některém členském státě. V případě alternativních příslušností to znamená, že bude dostačující, pokud se v členském státě nachází některé z kritérií tam uvedených. Jedinou výjimkou bude článek 6 odst. 1, který bude možné nadále použít jen vůči žalovanému s bydlištěm v EU. Toto omezení se však jeví neopodstatněným. Speciálních ochranných pravidel o příslušnosti budou moci slabší strany nyní využít i v případě, kdy nemá jejich smluvní partner bydliště v některém členském státě. Úprava prorogace obsažená v nařízení se nově použije i v situaci, kdy žádná ze stran prorogační dohody nemá bydliště v EU a tyto strany volí soudy členského státu. V případě článku 24 se s konečnou platností vyřeší diskuse ohledně nutnosti existence bydliště žalovaného v členském státě. Nařízení zavádí dvě nová pravidla o příslušnosti, která jsou určena právě pro situace, kdy žalovaný nemá bydliště v některém členském státě. Na vztah ke třetím státům reaguje i nové pravidlo o litispendenci.

Univerzální působnost nařízení s sebou přinese řadu výhod a odstraní některé nejasnosti či nedostatky stávající úpravy. Nicméně, nová úprava má i nedostatky. Jde především o velmi vágní pojmy jako dostatečná vazba v článku 25 či řádný výkon spravedlnosti v článku 34. Při použití těchto ustanovení hrozí, že se soudy členských států budou uchylovat k aplikaci národních pravidel, což výrazně oslabí unifikaci pravidel o příslušnosti.

⁷² Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 6. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

Nevyřešená zůstává rovněž otázka možné reflexivního účinku nařízení, zejména článků 23 a 24.

Závěrem lze tedy uvést, že univerzální působnost je v zásadě přínosem pro oblast justiční spolupráce v civilních věcech. Tento přínos však bude skutečným přínosem pouze tehdy, bude-li zajištěna jednotná aplikace nové podoby nařízení.

Literatura:

- Chlebcová, R. The Impact of Civil Jurisdiction Rules on Third States (Article 4). In Dny práva - 2008 - Days of Law [online]. Brno : Masarykova univerzita, 2008 [cit. 2011-05-04]. s. 641 - 648. Dostupné z < <http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/index.html> >.
- Commission of the European Communities. Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Brussels, 21.4.2009, COM(2009) 174 final.
- Commission of the European Communities. Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. Brussels, 21.4.2009, COM(2009) 175 final.
- Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, T. report on the Application of Regulation Brussel I in the Member States. Ruprecht-Karls-Universitaet Heidelberg, Institut für Ausländisches und Internationales Privat - und - Wirtschaftsrecht, Study JLS/C4/2005/03, 2007, s. 365.
- Jenard, P. Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, ÚV C 59 s. 1 - 65, 5.3.1979.
- Kruger, T. Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford : Oxford University Press, 2008. 442 s.

- Magnus, U., Mankowski, P. Brussels I Regulation. München : Sellier European Law Publishers. 852 s.
- Nový, Z. Výklad článku 6 odst. 1 nařízení Brusel I a zneužití práva na žalobu ve světle judikatury Evropského soudního dvora. In Dny veřejného práva [online]. Brno : Masarykova univerzita, 2007 [cit. 2011-05-04]. S.1111 - 1133. Dostupné z <<http://www.law.muni.cz/sborniky/Days-of-public-law/index.html>>.
- Weber, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. Max Planck Private Law Research Paper [online]. 2011, č. 11/07 [cit. 2011-05-04]. s. 1 -37. Dostupné z <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804103>.

Soudní rozhodnutí:

- Rozsudek Soudního dvora ze dne 8.12.1987, C-144/86 Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palubo.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 27.6.1991, C-351/89 Overseas Union Insurance Ltd. v New Hampshire Insurance Co.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 6.12.1994, C-406/92 Tatry v Maciej Rataj.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 19.5.1998, C-351/96 – Drouot Assurances Sa v Consolidated Metallurgical Industries.
- Rozsudek ESD ze dne 13.7.2000, C-421/98 Group Josi Reinsurance Company SA v Universal General Insurance Company (UGIC).
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 9.11.2000, C-387/98 Coreck Maritime GmbH v Handelsveem BV a ostatní.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 1.3.2005, C-281/02 Andrew Owusu v N. B. Jackson a ostatní.

Contact – email

svobodovak@email.cz, Tereza.kyselovska@law.muni.cz

PRÁVNÝ PLURALIZMUS V SLOVENSKOM TRESTNOM PRÁVE

MATEJ ŠIMÁŠEK

Fakulta práva, Paneurópska vysoká škola, Ústav verejného práva, Slovenská republika

Abstract in original language

Cieľom príspevku je v krátkosti analyzovať málo preskúmanú problematiku právneho pluralizmu v slovenskom právnom poriadku. Právo ako dynamicky rozvíjajúci sa fenomén, ovplyvnený elementami nadštátnych právnych systémov a medzinárodného práva, stráca svoj národný charakter. Tento jav má svoje špecifické prejavy aj v slovenskom trestnom práve, ktoré sú stručne rozobrané v tomto príspevku tak z hľadiska teoreticko-právneho, ako aj praktického.

Key words in original language

právny pluralizmus, právny monocentrizmus, právny polycentrizmus, globalizácia práva, europeizácia práva, slovenské trestné právo, štruktúra právneho poriadku

Abstract

The aim of this contribution is to briefly examine and analyze the overlooked issues of legal pluralism in Slovak Law. Law as a dynamic and developing phenomena, affected in large part by elements of a multinational legal system and international law, is losing its national character. This phenomenon has been manifesting itself into Slovak Criminal Law as well. It is briefly analyzed in theoretical aspect in this contribution. As well as in legal and practical aspects.

Key words

legal pluralism, monocentrism of law, polycentrism of law, globalisation of law, Europeanization of law, Slovak Criminal Law, structure of legal order

1. ÚVOD

Právo na počiatku 21. storočia sa dynamicky rozvíja a prechádza rôznymi obmenami. Mení sa po formálnej i obsahovej stránke. Tento fenomén sa prejavuje aj zmenami v oblasti právnej kultúry, tak na národnej ako aj celosvetovej úrovni. Právo ovplyvnené prvkami nadštátnych právnych systémov a medzinárodného práva v dôsledku toho stráca svoj národný charakter. Stáva sa zložitým a pre bežných recipientov neprehľadným systémom pravidiel. V tomto smere je nutné zvýrazniť aj osobitné postavenie paraprávnych (neštátnych) normatívnych systémov existujúcich paralelne popri štátom uznanom právnom poriadku, ktoré pôsobia v rámci určitých spoločenských, etnických, náboženských, či kultúrnych jednotiek.

V kontext vyššie uvedeného sa však pojem právo relativizuje. Dochádza k jeho pluralizácii. Právna veda prirodzene musí tento vývoj a zmeny reflektovať. Problematika pluralizmu práva je teda téma nanajvýš aktuálna. V ostatnom čase je široko diskutovaná na rozličných odborných fórach a to z rôznych filozofických, sociologických, politologických, či teoreticko-právnych zorných uhlov.

Právo prechádza radikálnymi zmenami, pričom do popredia sa dostávajú pluralizačné tendencie zvyrazňujúce ideovú rôznorodosť, odvíjajúcu sa od etnickej, náboženskej, kultúrnej či etickej diferenciacie spoločnosti. Paralelne s týmto procesom prebieha v celosvetovom meradle proces globalizácie. Ekonomická, sociálna a kultúrna globalizácia sa v konečnom dôsledku prejavuje v prelínaní rôznych hodnotových a ideových základoch, na ktorých fungovala spoločnosť dlhé stáročia.

Podľa Gerlocha multikulturálny pohľad na právo je treba vidieť najmä v relácii subjektívnych práv a rôznych kultúrnych hodnôt, špecificky potom v ochrane menšinových práv a presadzovaní princípu tzv. pozitívnej diskriminácie.¹

2. PRÁVNÝ PLURALIZMUS A PRÁVNÝ POLYCENTRIZMUS

V posledných desaťročiach sa hovorí o prekonaní tradičnej predstavy o monocentrizme v práve, ktorý akcentuje tradičnú úlohu národného normotvorcu a predovšetkým v odbornej verejnosti rezonujú pojmy právny pluralizmus a polycentrismus (multicentrizmus) v práve. Ide o pojmy významovo príbuzné a vzájomne súvisiace, nie však identické. Kým pojem právny pluralizmus možno spájať s pluralitou prístupu k právu.

Právny pluralizmus vychádza z myšlienok právneho pozitivizmu XX. Storočia. Nachádza viacero právnych poriadkov s vlastnými pravidlami uznania a reálnymi alebo aspoň predstaviteľnými ohniskovými normami. Pokusy previesť všetko právo platné na tom istom území a v tom istom čase na spoločnú základnú normu sú síce možné, ale stále viac odporujú výsledkom aplikácie paradigmi právneho pozitivizmu a sociologického prístupu k právu.²

Teória polycentrizmu hovorí o viacerých centrách (zdrojoch) vytvárania práva v ktorých vzniká právo, pričom toto právo uznávané štátom je chápané ako právo pozitívne. V prípade polycentrizmu práva ide o: "pokus

¹ Gerloch, A.: *Polycentrismus v recentním právu: příčiny důsledky* in: *Pluralismus moci a práva – Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie konanej v dňoch 25. – 27. marca 2009 v Tatranskej Štrbe*, Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva – Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied, 2009. 480 s.

² Kyela, J.: *Mění se struktura právního řádu a jeho atributy*. In: *Eric Stein Working Paper No 1/2009*. Praha: 2009

zachytit posun ve vnímání struktury právního řádu, který buď ztrácí jediné ohnisko (základní norma), nebo se mění pojetí tohoto ohniska. Nejde již o špici pyramidy (byť i to bylo vždy jen zjednodušenou metaforou reality), od níž se odvíjejí nižší úrovně právního řádu, neboť významné části právního řádu nemají svůj původ na území státu, nejsou tedy svou existencí (platností) odvozeny od onoho ohniska. Naproti tomu bychom mohli mluvit o zachování ohniska právního řádu v tom případě, že s ním nespojíme vznik, ale účinky mimo území státu vzniklých právních norem (inkorporace mezinárodních smluv, integrační zmocnění pro vstup do Evropské unie, případně ustanovení pojednávající o účincích evropského práva). Právo by tak stále mohlo být „příkazem suveréna“, jakkoliv ten jej z určité části nevytváří, určuje však, co jím je, a to bez ohledu na původ”.

Osobitne treba poukázat na časopriestorovú a sociokultúrnu podmienenosť práva. Právo vo svojej podstate reflektuje dobu. Tento jav je spôsobený viacerými faktormi. Za vnútorné príčiny tohto javu považujem celospoločenské zmeny v modernej a postmodernej spoločnosti, ktorá stráca svoju homogénnosť. Paralelne s týmto procesom prebieha proces globalizácie, ktorý sa ako externý činiteľ prejavuje aj v právnom systéme. Existencia nadnárodných entít zasahujúcich do suverenity národných štátov a súčasná absencia centrálnej moci sa v konečnom dôsledku prejavuje aj v právnom poriadku. V dôsledku vyššie uvedených procesov dochádza k pluralizácii moci a centier tvorby práva.

3. PREJAVY PRÁVNEHO PLURALIZMU V SLOVENSKOM TRESTNOM PRÁVE

Reálna existencia viacerých normatívnych systémov, založených na rôznych hodnotových základoch a východiskových právnych princípoch, v spoločnosti (v štáte) a ich pôsobenie na subjekty žijúce v istom čase a priestore spôsobuje radu praktických problémov. V tomto kontexte sa ako najväčší problém javí stret dvoch (resp. viacerých) obsahovo protichodných noriem a ich následná aplikácia. Právna teória, ale aj prax sa snažia podobným situáciám vyhnúť, no nie vždy úspešne.

Vzhľadom k obsahovému zameraniu príspevku sa však bližšie nechcem venovať problematike právneho pluralizmu, ktorú možno považovať skôr za objekt skúmania právnej teórie, prípadne štátovedy. V krátkosti sa chcem zamerať na prejavy takto pomenovaného javu v slovenskom právnom poriadku, špeciálne v právnom odvetví trestného práva a inštitúty na základe, ktorých k týmto prejavom odchádza.

Na účely tohto článku si dovoľím rozdeliť právnu reguláciu pôsobiace na území Slovenska do týchto kategórií:

medzinárodná

nadnárodná

národná

Každá z týchto kategórií je charakterizovaná určitými špecifikami, ktoré sú jej vlastné. Tie sa odvíjajú od celej rady faktorov, ktoré budú aspoň v stručnosti popísané bližšie. Problematika konkrétnej právnej regulácie sa potom samozrejme úzko prelína s problematikou prameňov trestného, tak v materiálnom ako aj formálnom zmysle slova.

Medzinárodné právo je ucelený, rozvíjajúci sa súbor právnych pravidiel, prostredníctvom ktorého sú regulované politické, hospodárske, sociálne a iné spoločenské vzťahy, ktoré existujú medzi národmi a štátmi. Normy medzinárodného práva sú tvorené na pôde medzinárodných organizácií, v ktorých majú rôzne zastúpenie jednotliví členovia medzinárodného spoločenstva.plyv jednotlivých členov medzinárodného spoločenstva na rozvoj a tvorbu noriem medzinárodného práva je odlišný. Hlavnú úlohu v procese tvorby medzinárodného zmluvného i obyčajového práva zohráva diplomacie. Aj najsilnejší členovia medzinárodného však spoločenstva s do istej miery limitovaný na jednej strane mechanizmami medzinárodného práva, ale tiež vzájomným mocensko – politickým zápasom. Normy medzinárodného práva majú z pohľadu trestného práva význam predovšetkým v oblasti ochrany základných práv a slobôd.

Prameňom práva sú aj medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, medzinárodné politické zmluvy, medzinárodné zmluvy vojenskej povahy, medzinárodných zmlúv, z ktorých vzniká Slovenskej republike členstvo v medzinárodných organizáciách, medzinárodné hospodárske zmluvy všeobecnej povahy, medzinárodné zmlúv, na ktorých vykonanie je potrebný zákon, a medzinárodné zmluvy, ktoré priamo zakladajú práva alebo povinnosti fyzických osôb alebo právnických osôb. Na ich platnosť sa vyžaduje, aby boli vyhlásené spôsobom ustanoveným zákonom a pred ratifikáciou Prezidenta ich odsúhlasila Národná rada Slovenskej republiky.

Za splnenie týchto okolností majú medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, medzinárodné zmluvy, na ktorých vykonanie nie je potrebný zákon, a medzinárodné zmluvy, ktoré priamo zakladajú práva alebo povinnosti fyzických osôb alebo právnických osôb prednosť pred zákonom.³

Existuje celá rada medzinárodných zmlúv, ktoré sa dotýkajú trestného práva. Medzi najvýznamnejšie, patria najmä:

Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach

³ Čl. 7. ods. 4, 5 Ústavy SR

Dohovor o ochrane základných ľudských práv a slobôd

Európsky dohovor o potláčaní terorizmu

Európsky dohovor proti mučeniu a inému, krutému, neľudskému či ponižujúcemu zaobchádzaniu alebo trestaniu

Dohovor o právach dieťaťa⁴

Pre Slovenskú republiku je aktuálna predovšetkým problematika harmonizácie slovenského právneho poriadku s komunitárnym právom. Transformačný proces prebieha vo viacerých etapách a odvíja sa na jednej strane od globálneho vývoja vonkajších politík Európskej únie, na strane druhej od prehlbovania európskej integrácie.

Z Ústavy Slovenskej republiky vyplýva, že právne záväzné akty Európskych spoločenstiev a Európskej únie majú prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky. Osobitne dôležité je v tomto smere ústavné zmocnenie ustanovenie o spôsobe prevzatia právne záväzných aktov, ktoré vyžadujú implementáciu. To sa vykoná:

zákonom alebo

nariadením vlády ak to ustanoví zákon na vykonanie Európskej dohody o pridružení uzatvorenej medzi Európskymi spoločenstvami a ich členskými štátmi na strane jednej a Slovenskou republikou na strane druhej a na vykonanie medzinárodných zmlúv podľa čl. 7 ods. 2⁵

Sféra policajnej a justičnej spolupráce patrí do III. Piliera politík európskej únie. Podľa niektorých názorov však aj komunitárne právo má účinky v oblasti trestného práva, a to účinky jednak negatívne a jednak pozitívne. Práve negatívne účinky nastávajú v prípade, že národná právna regulácia kolide s komunitárnym právom. Osobitne treba spomenúť aj postavenie Európskeho súdneho dvora a Súd prvého stupňa, ktorého rozhodnutia majú dopad aj na národné právo, predovšetkým v oblasti ochrany základných práv a slobôd. V uvedenom kontexte sa ako zaujímavé v tejto oblasti dajú považovať úvahy o prejavoch europeizácie práva v slovenskom právnom poriadku.⁶

⁴ Ivor: Ivor J. a kolektív, Trestné právo hmotné, Všeobecná časť 1, Bratislava, Iura Edition, 2006, s. 530, ISBN 80-8078-099-4

⁵ Čl. 7 ods. 2 Ústavy SR

⁶ Večeňa, M.: Diversita a jednota práva. In *Acta Universita Brunensis Iuridica No 337. Dny práva – 2008 – Days of Law. 2. ročník mezinárodnej konferencie pořádané PF MU. Brno: MU 2008. 1329 – 1341*

Trestnoprávna regulácia na vnútroštátnej úrovni v súčasnosti už do značnej miery akcentuje medzinárodné a európske štandardy. V rámci hierarchie prameňov práva v Slovenskej republike má výsadné postavenie Ústava Slovenskej republiky ako základný zákon štátu, ktorá má prednosť aj pred medzinárodnými zmluvami a komunitárnym právom. Treba podotknúť, že trestnoprávne inštitúty, ktoré sú ústavne zakotvené vychádzajú z tradícií demokratického a právneho štátu a preto nekolidujú s normami nižšej právnej sily (vrátane medzinárodných zmlúv a komunitárneho práva). Základné normy trestného práva v Slovenskej republike vychádzajú, tak z ústavy, ako aj z medzinárodných zmlúv a komunitárneho práva a preto základným problémom ich vzájomné pôsobenia na území Slovenska je ich .nedostatočná (pomalá) transpozícia.

IV. ZÁVER

Vzhľadom na obmedzený rozsah tejto práce a tiež na jej zameranie nie je možné detailne analyzovať jednotlivé ustanovenia súvisiace s predmetnou problematikou. V ostatných rokoch, najmä v súvislosti globalizačnými procesmi v spoločnosti, došlo v tomto smere k mnohým zmenám v právnej regulácii. Je však nutné poznamenať, že recentná právna úprava má aj určité nedostatky, ktoré je potrebné odstrániť. Aj v súvislosti s členstvom Slovenskej republiky v medzinárodných organizáciách vyplývajú určité záväzky na harmonizáciu legislatívy a skvalitnenie medzinárodnej spolupráce v tejto oblasti. Osobitne by som zvýraznil postavenie súdov, ktorých právomoc v rámci výkladu a interpretácie noriem by mohol byť kľúčovým faktorom pri odstránení negatívnych dôsledkov nedostatočnej právnej úpravy trestnoprávneho postihu kriminality.

Literature:

- Ivor J. a kolektív, Trestné právo hmotné, Všeobecná časť 1, Bratislava, Iura Edition, 2006, s. 530, ISBN 80-8078-099-4
- Pluralizmus moci a práva – Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie konanej v dňoch 25. – 27. marca 2009 v Tatranskej Štrbe, Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva – Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied, 2009. 480 s., isbn 978 - 80 - 970144 - 3 - 8
- Kyela, J.: Měníci se struktúra právního řádu a jeho atribúty. In: Eric Stein Working Paper No 1/2009. Praha: 2009
- Večeřa, M.: Diversita a jednota práva. In Acta Universita Brunensis Iuridica No 337. Dny práva – 2008 – Days of Law. 2. ročník

mezinárodní konference pořádané PF MU. Brno: MU 2008. 1329 – 1341,
ISBN 978-80-210-4733-4

- Ústavný zákon č. 460/1992 Zb. Ústava Slovenskej republiky

Contact – email

matejsimasek@gmail.com

NÁSTROJE EVROPSKÉ KOMISE PRO EFEKTIVITU JUSTICE (CEPEJ) A DÉLKA SOUDNÍCH ŘÍZENÍ

MARTINA ŠULÁKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy university v Brně, Česká republika

Abstract in original language

Cílem článku je přiblížit aktivity a nástroje Evropské komise pro efektivitu justice ve vztahu k délce soudního řízení. Na základě uskutečněných studií lze identifikovat základní příčiny nepřiměřeně dlouhých řízení a přiblížit možná řešení.

Key words in original language

CEPEJ, Rada Evropy, délka soudního řízení, Evropský soud pro lidská práva, Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, hospodaření s časem

Abstract

The aim of the article is to bring closer activities and instruments of the European Commission for the Efficiency of Justice on the subject of the duration of judicial proceedings. On the basis of realized studies, we can identify basic reasons of unreasonable length of proceedings and propose the possible solutions.

Key words

CEPEJ, Council of Europe, length of judicial proceedings, European Court of Human Rights, The European Convention of Human Rights, time management

I. Úvodem

Evropská komise pro efektivitu justice, označovaná zkratkou CEPEJ podle francouzského názvu *Commission européenne pour l'efficacité de la justice*, byla založena 18. 9. 2002 rezolucí Výboru ministrů Rady Evropy Res(2002) 12. Jejímí hlavními úkoly je získávání informací o fungování soudních systémů v členských zemích Rady Evropy, odhalování jejich nedostatků a hledání konkrétních způsobů řešení pro lepší fungování soudních systémů. Nejedná se tedy o „komisi“ v pravém slova smyslu, která by disponovala donucujícími pravomocemi a mohla ukládat sankce jednotlivým členským zemím, ale o praktického pomocníka při realizaci doporučení Rady Evropy a naplňování povinností vyplývajících z Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“), zejména jejího článku 6, který zakotvuje právo každého na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a

nestranným soudem. Evropská komise pro efektivitu justice podává členským zemím pomocnou ruku při řešení konkrétních problémů a každoročně uděluje cenu Křišťálové váhy jako ocenění nových užitečných praktik.¹

Studie vypracované CEPEJ se zaměřují zejména na hodnocení soudních systémů, hospodaření s časem v soudních řízeních, kvalitu soudnictví, výkon soudních rozhodnutí a mediaci. Tyto oblasti zájmu odpovídají svým obsahem jednotlivým doporučením Rady Evropy² a v zásadě se tak snaží naplňovat cíle vytyčené těmito právními dokumenty.

Mezi stěžejní dokumenty CEPEJ vztahující se k délce soudních řízení patří³:

- *Analýza délky soudních řízení v členských zemích Rady Evropy vycházející z judikatury Evropského soudu pro lidská práva* přijatá CEPEJ na 8. plenárním zasedání 6. – 8. prosince 2006 ve Štrasburku,
- *Hospodaření s časem v soudních systémech: studie o severní Evropě*, studie přijata taktéž na 8. plenárním zasedání v roce 2006,
- *Evropské soudní systémy*, studie, které se opakují pravidelně v horizontu 2 let, první byla vytvořena v roce 2006 s údaji z roku 2004, poslední v roce 2010 s údaji z roku 2008,
- a další komparativní studie.

II. Důvody nepřiměřeně dlouhých řízení⁴

Důvody, proč některá řízení trvají velmi dlouhou dobu, jsou různorodé, odvislé od konkrétního typu řízení a dalších okolností případu. Můžeme je pro větší přehlednost rozdělit do dvou kategorií, a sice na příčiny obecné, týkající se celkové organizace soudnictví, a na samotné průtahy vyskytující se během soudního řízení.

¹ V roce 2010 získal tuto cenu bulharský správní soud v Yambol za projekt zaměřující se na pochopení fungování soudního řízení veřejností a komunikaci s veřejností.

² Doporučení a další právní nástroje Rady Evropy týkající se efektivnosti a ekvity v soudnictví jsou dostupné na http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/textes/listerecres_EN.asp?.

³ Tyto dokumenty jsou k dispozici v anglickém a francouzském jazyce na oficiálních stránkách CEPEJ: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default_fr.asp. V článku budou užívány níže uvedené volné překlady textů z francouzského jazyka.

⁴ Uvedené demonstrativní příčiny byly do značné míry přejaty ze studie *Analýza délky soudních řízení v členských zemích Rady Evropy vycházející z judikatury Evropského soudu pro lidská práva*.

Mezi obecné důvody řadíme problém přetížení některých soudů z důvodu jejich geografického rozložení na území státu⁵, i přetížení konkrétních soudců v rámci jednoho soudu. Tento problém souvisí se systémem rozdělování práce na soudech, který například v českých podmínkách neumožňuje reagovat na momentální přetížení některého soudce nebo zohlednit složitost určitých typů řízení⁶. Dalším obecným důvodem je personální obsazení soudů, tedy otázka, zda je počet soudců dostatečný⁷, jakým způsobem jsou doplňovány stavy soudců⁸ a kolik času stráví soudce jinými než rozhodovacími aktivitami, ať už se jedná o pedagogické, výzkumné a publikační aktivity⁹ či o činnosti, které by na jeho místě mohl vykonávat vyšší soudní úředník, asistent, smírčí soudce nebo soudní komisař. Neaktivita soudců jakož i problémy při nahrazování soudců během řízení mají negativní důsledky na délku řízení. Mezi poslední z obecných důvodů nepřiměřené délky řízení patří nedostatky v procesních předpisech, mezi které můžeme zařadit i to, že procesní předpisy umožňují neustálé přezkoumávání jedné věci, což vede k neefektivnosti systému¹⁰. Jako příklad může v českém právu posloužit projednávání nároků na přiměřené zadostiučinění za nemajetkovou újmu podle zákona č. 82/1998 Sb.¹¹.

⁵ To je otázka zejména soustavy soudů. Je účelné udržovat vrchní soudy a různé pobočky krajských a okresních soudů nebo by bylo lepší tyto kvalifikované soudce umístit tam, kde je jich nedostatek a reorganizovat tak zastaralé geografické rozmístění soudů na teritoriu?

⁶ Srov. zákonnou právní úpravu rozvrhu práce v §§ 41-45 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů.

⁷ Počet soudců v jednotlivých zemích Rady Evropy na 100.000 obyvatel naleznete i česky v dokumentu *Evropské justiční systémy*, vydání 2006, dostupné na stránkách <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ%282006%29Evaluation&Language=lanCzech&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6>. Podle statistik z roku 2004 připadalo v České republice na 100.000 obyvatel 28,2 soudců, což je nadprůměrný počet.

⁸ Což může být problém např. v Belgii, kde je vyžadována znalost francouzštiny i valonštiny.

⁹ V 10 zemích Rady Evropy lze pedagogickou činnost vykonávat pouze bez nároku na odměnu, jako např. v Irsku, na Maltě, v Portugalsku a Spojeném Království – Walesu.

¹⁰ Podle studie *Analýza délky soudních řízení v členských zemích Rady Evropy vycházející z judikatury Evropského soudu pro lidská práva* tímto nedostatkem trpí zejména tzv. východní státy jako Polsko, Slovinsko, Chorvatsko, Maďarsko a Bulharsko (viz str. 59 citované studie).

¹¹ Procesní úprava projednávání tohoto nároku je neúčinná právě proto, že umožňuje několikanásobné projednávání stejné věci, ve většině případů otázky přiměřené výše zadostiučinění. Účastník je nejprve povinen podat žádost k ministerstvu spravedlnosti, které má na její vyřízení lhůtu 6 měsíců, a teprve poté se může domáhat přezkumu rozhodnutí ministerstva u soudu prvního stupně. Poté může podat řádný i mimořádný opravný

Nepřiměřená délka řízení je však do značné míry zapříčiněna i samotnými průtahy během soudního řízení. Nařízení prvního jednání ve věci oddalují rozhodování o osvobození od soudního poplatku a případně pozdní rozhodnutí o poskytnutí nebo odmítnutí právní pomoci; problémy mohou nastat při předvolávání stran a svědků, což souvisí s problémem doručování¹², ale také se záměrným vyhýbáním se účastníků ústnímu soudnímu jednání. Určitý čas je spotřebován v důsledku zasílání listinného spisu soudu vyššího stupně k rozhodnutí o opravném prostředku, případně k vyřešení věcné příslušnosti, z důvodu rozhodování o podjatosti soudce či stížností na průtahy v řízení, z důvodů provádění dokazování jiným spisem, a tak dále. V určitých případech tedy spis neustále někde putuje¹³. Dalším důvodem jsou průtahy při vypracovávání znaleckých posudků. Znalci často nedodržují stanovené lhůty k vypracování znaleckých posudků a soudy jsou k tomuto jejich postupu příliš benevolentní - prodlužují jim lhůty, místo aby je vedly k co nejrychlejšímu splnění úkolu, např. za pomoci pořádkových pokut, hrozby snížení odměny za vypracování znaleckého posudku, atd. Odpovědnost je na straně soudu i v případě, že zadá znalci špatné zadání nebo zadá vypracovat posudek, který není pro rozhodnutí ve věci významný, a podobně. K prodloužení řízení tak vede zejména neefektivní vedení řízení ze strany soudce, který nevyužívá všech procesních nástrojů, které mu právní řád poskytuje. Prodloužení řízení však může spočívat i v jednání účastníků řízení a jejich advokátů, kteří se nedostavují k nařízeným jednáním, účastníci mění advokáty během řízení, neustále upravují žalobní petit, podávají různé námitky podjatosti, a tak dále.

III. Návrhy možných řešení

Obecně nelze stanovit prostředky, které by sloužily zároveň ke zkrácení řízení civilního, trestního i správního, neboť v každém z těchto třech typů řízení vznikají průtahy kvůli jiným skutečnostem. Zatímco v trestním řízení jde o souhru soudu, státního zástupce a policie, ve správním řízení o interakci správních orgánů, specializovaných komisí a správních soudů, tak v civilním řízení se jedná zejména o vzájemné vztahy mezi soudem, účastníky řízení a jejich právními zástupci, a dalšími

prostředek, popřípadě ústavní stížnost a není vyloučena ani stížnost k Evropskému soudu pro lidská práva. Zjednodučeného projednání nároku, který má sloužit k rychlému odškodnění nepřiměřené délky jiného soudního řízení, se tak stává opět běh na dlouhou trať.

¹² Nedostatky při doručování se snaží odstranit i novela občanského soudního řádu provedená zákonem č. 7/2009 Sb. Ve Švédsku například funguje doručování soudních písemností pomocí soukromých společností, které dostanou za svoje služby zapláceno jen pokud se jim podaří písemnost doručit.

¹³ Domnívám se, že tento problém by do značné míry vyřešilo elektronické vedení spisů, alespoň u těch typů věcí, kde je zájem na jejich rychlém vyřízení.

osobami, které na průběhu řízení podílejí. Do toho zasahují vztahy mezi soudy prvního stupně, soudy odvolacími a dovolacími, kvalita procesních předpisů a organizace práce na soudech. Komplexnost situace pak vytváří celkovou délku řízení, která se liší případ od případu. Přesto existují určité návody na to, jak eliminovat příliš dlouhá řízení¹⁴.

Jako motivační faktor může sloužit stanovení maximální, průměrné a doporučené délky řízení. V Norsku je doporučená délka civilního řízení u soudu prvního stupně 6 měsíců a pro běžné trestní řízení 3 měsíce, ve Finsku kombinují stanovení lhůty s procentním vyjádřením skončených věcí tak, že např. pro řízení u Nejvyššího správního soudu doporučují průměrnou délku řízení 10 měsíců, přičemž 25 % věcí by mělo být skončeno do 4 týdnů a 35 % věcí v rozmezí 6 a 9 měsíců. Evropský soud pro lidská práva akceptuje jako přiměřenou délku řízení to, pokud soudní řízení trvá na jednom stupni soudní soustavy do 2 let. Nejedná se však o hledisko absolutní, ze kterého by nebyly možné výjimky¹⁵. Nejde tedy o to, stanovit zákonné lhůty pro rozhodnutí ve věci, ale o lhůty doporučující.

Základním hybným faktorem délky řízení je však aktivní vedení řízení soudcem a jeho spolupráce se stranami sporu. Nejprve by měl soudce v rámci přípravného jednání zjistit skutkový stav věci a zvážit, zda není možné vyřešit věc smírně, tedy dohodou. Pokud se tento návrh nesetká s pochopením účastníků řízení, nezbyvá než posoudit skutkovou a právní složitost věci a i s ohledem na to, jaký může mít řízení vliv či dopad na účastníky řízení, stanovit určitý harmonogram (kalendář) řízení, pokud možno za spolupráce sporných stran. Stanovení termínů jednání mezi advokáty a soudem a určení kolik času bude potřeba na dokazování, by mělo zajistit rychlý průběh řízení, neboť strany byly o termínech s dostatečným předstihem informovány a soud tedy nebude zbytečně odročovat nařízená jednání, resp. může jednat v nepřítomnosti účastníka, který se přesto nedostaví. Diskuse a společné stanovení termínů jednání by mělo u účastníků řízení vyvolat důvěru v to, že řízení je vedeno se snahou spor co nejrychleji rozhodnout¹⁶.

Mezi další prostředky, které by mohly zkrátit délku soudních řízení, patří delegace úkolů na vyšší soudní úředníky, notáře, exekutory;

¹⁴ Uvedené návrhy možných řešení vyplývají mimo jiné ze studie *Hospodaření s časem v soudních systémech: studie o severní Evropě*.

¹⁵ srov. *Analýza délky soudních řízení v členských zemích Rady Evropy vycházející z judikatury Evropského soudu pro lidská práva*, s. 86 a násl.

¹⁶ Poznatzky z pilotního programu uskutečněného v Dánsku v letech 2000-2002.

alternativní způsoby řešení sporů (zejména mediace)¹⁷, specializace soudců¹⁸; zrychlená soudní řízení např. pro pohledávky malé výše, jednoduché věci (přestupky) a pro věci urgentní (např. svěření dítěte do péče)¹⁹, a také elektronizace justice (videokonference, audiokonference, elektronické vedení spisů), která je však do značné míry spjata s přidělováním finančních prostředků na modernizaci justice²⁰.

IV. Závěrem

Aktivita Evropské komise pro efektivitu justice jsou přínosné pro ty členské země Rady Evropy, které mají zájem o zlepšení fungování vlastního soudního systému a naplňování práva na spravedlivý proces, resp. práva na projednání věci v přiměřené lhůtě. Studie CEPEJ mohou být v oblasti procesního práva cenným pomocníkem proto, že shromažďují praktické zkušenosti jednotlivých zemí Rady Evropy a nabízejí tak možná řešení problémů, které se ve větší či menší míře vyskytují ve většině zemí. Zatímco „hybatelem sbližování civilních procesů jednotlivých členských států Evropské unie je ekonomika“²¹, motorem sjednocování právních úprav civilního procesu na poli Rady Evropy je Úmluvou zakotvené právo na spravedlivý proces a z něho vyplývající zásady soudního řízení. Ani Česká republika, byť stále se starým občanským soudním řádem, nezůstává stranou snah o zkrácení délky soudních řízení, jak naznačuje novela

¹⁷ K tomu srov. např. BĚLOHLÁVEK J. A. Alternativní způsoby řešení civilních a obchodních sporů (tzv. „ADR“) v evropském kontextu. *Evropské právo*. 2003. č. 6. s. 8 a násl.

¹⁸ Specializace soudců má své klady i zápory. Mezi klady jednoznačně patří kratší délka řízení a stabilita a jednotnost rozhodovací praxe, mezi zápory naopak problém při nahrazování soudců, monotónnost práce a obtížná změna rozhodovací praxe (viz *Hospodaření s časem v soudních systémech: studie o severní Evropě*. s. 40).

¹⁹ Blíže viz např. STAVINHOVÁ, J. - HURDÍK, J. - LAVICKÝ, P. Evropské podněty českému civilnímu procesu. In *Východiska a trendy vývoje českého práva po vstupu České republiky do Evropské unie*: sborník příspěvků z konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity v Brně dne 5. 10. 2005. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 271 a násl.; nebo ŘEHULOVÁ, L. Upomínací řízení v německém civilním procesu aneb jak vymoci peněžitou pohledávku za německým dlužníkem. *Právní rozhledy*. 2010. č. 9. s. 315 a násl.

²⁰ Srov. např. SVÁČEK, J. Proč je nizozemská justice efektivnější než česká? *Právní rozhledy*. 2004. č. 15. s. 588 a násl.

²¹ STAVINHOVÁ, J. - HURDÍK, J. - LAVICKÝ, P. Evropské podněty českému civilnímu procesu. In *Východiska a trendy vývoje českého práva po vstupu České republiky do Evropské unie*: sborník příspěvků z konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity v Brně dne 5. 10. 2005. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 268.

občanského soudního řádu provedená zákonem č. 7/2009 Sb.²² K diskusi však zůstává otázka, co s řízeními, jejichž délka je již nepřiměřeně dlouhá? Jsou naše vnitrostátní prostředky nápravy v tomto směru procesně účinné?

Literature:

Evropská komise pro efektivitu justice (CEPEJ): *Analyse des délais judiciaires dans les Etats membres du Conseil de l'Europe à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. Dostupné z: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/default_fr.asp

Evropská komise pro efektivitu justice (CEPEJ): *La gestion du temps dans les systèmes judiciaires: une étude sur l'Europe du Nord*. Dostupné tamtéž.

Evropská komise pro efektivitu justice (CEPEJ): *Systèmes judiciaires européens*, Edition 2006 (données 2004). Dostupné tamtéž.

Evropská komise pro efektivitu justice (CEPEJ): *Practical ways of combating delays in the justice system, excessive workloads of judges and case backlogs*.

Dostupné z:

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/cooperation/default_fr.asp

BĚLOHLÁVEK J. A. Alternativní způsoby řešení civilních a obchodních sporů (tzv. „ADR“) v evropském kontextu. *Evropské právo*. 2003, č. 6, s. 8 a násl.

JIRSA, J. Souhrnná novela občanského soudního řádu – příležitost ke změně. *Právní rozhledy*. 2009, č. 6, s. 198 a násl.

LAVICKÝ, P. Český civilní proces z pohledu aktů Rady Evropy. In *Dny práva – 2010 – Days of law*. Brno: Masarykova univerzita, 2010.

PEJCHAL, A. Civilní proces jako nástroj nalézání i tvorby práva. *Bulletin advokacie*. 2005, č. 10, s. 10 a násl.

ŘEHULOVÁ, L. Upomínací řízení v německém civilním procesu aneb jak vymoci peněžitou pohledávku za německým dlužníkem. *Právní rozhledy*. 2010, č. 9, s. 315 a násl.

²² Srov. např. JIRSA, J. Souhrnná novela občanského soudního řádu – příležitost ke změně. *Právní rozhledy*. 2009, č. 6, s. 198 a násl. nebo LAVICKÝ, P. Český civilní proces z pohledu aktů Rady Evropy. In *Dny práva – 2010 – Days of law*. Brno: Masarykova univerzita, 2010.

STAVINHOVÁ, J. - HURDÍK, J. - LAVICKÝ, P. Evropské podněty českému civilnímu procesu. In *Východiska a trendy vývoje českého práva po vstupu České republiky do Evropské unie: sborník příspěvků z konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity v Brně dne 5. 10. 2005*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 271 a násl.

SVÁČEK, J. Proč je nizozemská justice efektivnější než česká? *Právní rozhledy*. 2004, č. 15, s. 588 a násl.

Contact – email

m.sochorova@gmail.com

DISKRIMINÁCIA NA ZÁKLADE NÁBOŽENSTVA A VIERY – EURÓPSKY A NÁRODNÝ PRÁVNÝ RÁMEC¹

MAREK ŠVEC

Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave, Slovenská republika

Abstract in original language

Diskriminácia na základe náboženstva a viery predstavuje v súčasnosti v slovenskom pracovnom práve neznámu oblasť. Hoci Zákonník práce uvádza náboženstvo a vieru ako diskriminačné dôvody, nevymedzuje ich obsah, ani nekonkretizuje ich vzájomný vzťah. Navyše relevantná smernica č. 2000/78/ES zakotvuje len pojem náboženstvo. Bližšie vymedzenie pojmov a ich praktická aplikácia preto vyplynie z budúcej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie aj s ohľadom na ostatné rozhodnutie ESJP. Silnejúci príliv nekresťanských náboženských spoločností prináša do európskej i národných právnych úprav nové podnety odrážajúcich sa aj na nálade spoločnosti.

Key words in original language

náboženstvo, viera, smernica č. 2000/78/ES, ľudské práva a základné slobody, svetonázor, štrajk, Lautsi

Abstract

Discrimination based on religion and belief is currently an unknown area in the Slovak labour law. Although The Labour code indicates religion and belief as discriminatory reasons, does not define their content or relationship. The relevant Council Directive no. 2000/78/EC also describes only the concept of religion. More detailed definitions and their practical application will ensue from the future legislation of the Court of Justice of the European Union with respect to any other decisions of the ECHR. The increasing influence of Non-Christian religious adherents brings new initiatives into European and national laws which reflect the mood of society.

Key words

religion, faith, belief, Directive no. 2000/78/EC, human rights and fundamental freedoms, strike, Lautsi

¹ Vedecký príspevok bol vypracovaný v rámci výskumného projektu APVV označeného LPP-0048-09 s názvom „Flexibilita pracovného práva a nový systém sociálnej bezpečnosti“, zodpovedná riešiteľka projektu prof. JUDr. Helena Barancová, DrSc..

Úvod

Právo na rovnaké zaobchádzanie v pracovnoprávných vzťahoch predstavuje jeden z najvýraznejších prejavov ochranného mechanizmu pracovného práva. Národné i európske právne predpisy uvádzajú rôzne príčiny alebo vlastnosti prináležiace fyzickým osobám, ktoré sa môžu stať dôvodom pre prípadné nerovnaké zaobchádzanie. Následne sa ako pochopiteľnou javí aj silnejšia ingerencia štátnej moci pri presadzovaní zvýšenej ochrany zamestnancov s ohľadom na výkon závislej práce za primeraných a vhodných pracovných podmienok.

Možnosť verejne prejaviť vlastné názory na základe slobody myslenia, svedomia a náboženského presvedčenia a nebyť za to v žiadnom ohľade sankcionovaný, patrí k fundamentálnym ideám demokratického zriadenia, rovnako ako k základným ľudským právam a slobodám. Určiť prípustnú mieru ich obmedzenia v záujme ochrany spoločenského zriadenia a súčasne stanoviť hierarchicky usporiadaný katalóg ľudských práv a slobôd pre možnosť ich efektívnejšieho uplatňovania v praxi, sa javí ako nekončiaci zápas.

Po empirický dôkaz nejasného právneho vymedzenia uplatňovania základných ľudských práv a slobôd nemusíme chodiť ďaleko. Ostatné rozhodnutie Európskeho súdu pre ľudské práva vo veci pani Lautsi proti Taliansku¹ sa stalo mementom posúdenia praktického stretu základných ľudských práv a slobôd – právo na náboženské vyznanie a právo rodičov na výchovu vlastných detí. Aplikácia slobody náboženského vyznania a jej sekundárne prejavy je však aj v iných ohľadoch konfrontovaná s ľudskými právami iných fyzických osôb, pričom donedávna sa mohlo zdať, že prichádza k uprednostňovaniu záujmu náboženských spoločností. Ostatný vývoj v národnej judikatúre členských štátov Európskej únie však naznačuje možné tendencie v zmene postoja (napr. v oblasti uplatnenia práva na štrajk u cirkevných zamestnancov).²

Vedecký príspevok sa snaží poukázať nielen na nejednoznačnosť národnej i európskej právnej úpravy v oblasti ochrany slobody náboženského vierovyznania, ale poskytnúť čitateľovi prehľad aktuálnych otázok skúmanej problematiky.

Náboženstvo, viera a svetonázor

Diskriminácia na základe náboženstva a viery sa vzhľadom na svoju právnu úpravu i charakter subjektov spadajúcich do celkového právneho

¹ Rozhodnutie EŠLP vo veci Lautsi proti Taliansku (2010/2011, sťažnosť č. 30814/06).

² Napr. v ostatnej judikatúre Spolkovej republiky Nemecko pri posúdení uplatňovania práva na štrajk u zamestnancov cirkevných organizácií (bližšie v ďalšom texte príspevku).

ochranného rámca vyčleňuje z bežného aplikačného antidiskriminačného mechanizmu. Na zložitosti uvádzanej problematiky sa podieľa nielen neúplný charakter národných či medzinárodných právnych predpisov, ale i pomerne obmedzená judikatúra európskych súdnych inšancií³ a existencia osobitného práva cirkví a náboženských spoločností na sebaurčenie. Nerovnaké zaobchádzanie na základe vlastného náboženského presvedčenia, myslenia či prejavu svedomia je možné vnímať v oblasti pracovnoprávných vzťahov i v ďalších spoločenských situáciách (počínajúc problematikou vzdelávania detí končiac právom na rituálne zabíjanie zvierat predpísaným spôsobom alebo nosenie náboženských symbolov na verejnosti).

Rešpektovanie náboženského presvedčenia či odlišného pohľadu na okolitý svet než má napr. majoritná spoločnosť patrí k základným výdobytkom modernej demokratickej spoločnosti. Základný právny rámec práva na slobodu myslenia, svedomia a náboženského presvedčenia preto predstavuje značné množstvo európskych⁴ i medzinárodných⁵ právnych dokumentov.⁶ Pri ich bližšom skúmaní však treba objektívne uviesť, že uvedenú problematiku neupravujú vyčerpávajúcim spôsobom. Spravidla sa obmedzujú len na všeobecné priznanie samotného základného ľudského práva bez konkretizácie jeho bližšieho významu zahŕňajúceho napríklad výklad kľúčových pojmov (náboženstvo resp. viera) alebo ich prípadnú interpretáciu. Sloboda myslenia a náboženského presvedčenia je rovnako súčasťou európskej antidiskriminačnej legislatívy⁷.

³ Z pomerne obmedzené počtu relevantnej judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva sa medzi najvýznamnejšie rozhodnutia radia nasledujúce rozhodnutia - Buscarini a ostatní proti San Marínu (1999, sťažnosť č. 24645/94), Kokkinakis proti Grécku (1993, sťažnosť č. 14307/88), Leyla Sahin proti Turecku (2004, sťažnosť č. 44774/98), Leela Förderkreis E. V. a ostatní proti Nemecku (2008, sťažnosť č. 58911/00), Lautsi proti Taliansku (2009, sťažnosť č. 30814/06) a rozhodnutie Európskej komisie pre ľudské práva vo veci Universelles Leben E. V. proti Nemecku (1996, sťažnosť č. 29745/96).

⁴ Charta základných práv Európskej únie (čl. 10), Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd (čl. 9), Smernica č. 2000/78/ES, ktorá ustanovuje všeobecný rámec rovnakého zaobchádzania v zamestnaní a zárobkovej činnosti.

⁵ Všeobecná deklarácia ľudských práv (čl. 18), Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach (čl. 18).

⁶ „Každý má právo na slobodu myslenia, svedomia a náboženstva; toto právo zahŕňa v sebe aj voľnosť zmeniť svoje náboženstvo alebo vieru, ako aj slobodu prejavovať svoje náboženstvo alebo vieru sám alebo spoločne s inými, či už verejne alebo súkromne, vyučovaním, vykonávaním náboženských úkonov, bohoslužbou a zachovávaním obradov“ (Všeobecná deklarácia ľudských práv, 1948).

⁷ „Zakazuje sa akákoľvek diskriminácia najmä z dôvodu pohlavia, rasy, farby pleti, etnického alebo sociálneho pôvodu, genetických vlastností, jazyka, náboženstva alebo viery, politického alebo iného zmýšľania, príslušnosti k národnostnej menšine, majetku, narodenia, zdravotného postihnutia, veku alebo sexuálnej orientácie“ (Charta základných

Na odlišnosti v právnom ukotvení práva na slobodu myslenia, svedomia alebo náboženského presvedčenia možno poukázať pri snahe o určenie základného katalógu ľudských práv a slobôd. Ustanovenie čl. 18 Medzinárodného paktu o občianskych a politických právach, na rozdiel od úpravy vo Všeobecnej deklarácii ľudských práv, predpokladá zachovanie rovnováhy pri strete náboženskej slobody s právom rodičov na výchovu vlastných detí⁸ alebo zakotvuje výslovne dobrovoľný princíp pri prípadnej zmene vlastného náboženstva.

Medzi najvýraznejšie nedostatky, ktoré sa bezprostredne dotýkajú aj pracovnoprávných vzťahov, patrí predovšetkým nejednoznačnosť právnych pojmov (náboženstvo, viera, svetonázor) i preukázateľné preferovanie religiózneho prvku voči ostatným ľudským právam a slobodám v národných právnych poriadkoch i európskom právnom prostredí. Existujúci stav je výsledkom najmä osobitného postavenia náboženských spoločností v historickom vývoji európskeho kontinentu. Tzv. právo na sebaurčenie cirkvi je zakotvené v drvivej väčšine právnych poriadkov členských štátov Európskej únie.⁹

Hoci teda právne predpisy vzťahujúce sa na oblasť pracovnoprávných vzťahov vo svojom texte priamo inkorporujú zákaz diskriminácie na základe náboženstva a viery, v praxi nie je úplne jasné, v akom rozsahu a aké prípady možno subsumovať pod ochranný právny rámec. Rovnako nejasný je aj význam pojmu svetonázor, ktorý sa v ostatných rokoch stal súčasťou viacerých národných právnych úprav v podobe diskriminačného dôvodu (napr. v Českej republike, Spolkovej republike Nemecko či v Rakúsku)¹⁰.

Fundamentálnym determinantom efektívneho uplatňovania diskriminačného rámca na základe náboženstva alebo viery sa preto javí

práv Európskej únie, čl. 21). Podobne ako napr. v smernici č. 2000/78/ES, ktorá ustanovuje všeobecný rámec rovnakého zaobchádzania v zamestnaní a zárobkovej činnosti.

⁸ Hoci právna úprava predpokladá zachovanie rovnováhy a vyváženosti pri uplatňovaní oboch ľudských práv, praktická aplikácia napr. aj v rozhodnutí Európskeho súdu pre ľudské práva ukázala opak (bližšie - rozhodnutie EStP vo veci Lautsi proti Taliansku (2010/2011, sťažnosť č. 30814/06).

⁹ Okrem iného aj v čl. 8 zákona č. 365/2004 Z. z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov (antidiskriminačný zákon) - Slovenská republika alebo v čl. 140 GG (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) i v čl. 137 Weimarer Verfassung - Spolková republika Nemecko.

¹⁰ Diskriminačný dôvod „svetový názor“ alebo „Weltanschauung“ obsahuje napr. § 2 ods. 3 zákona č. 198/2009 Sb. o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací - Česká republika alebo § 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) - Spolková republika Nemecko.

stanovenie záväzného obsahu pojmov náboženstvo a viera, od ktorých sa bude následne odvíjať aj precizovanie posudzovania praktických prípadov národnými súdnymi inštanciami. Výklad pojmu náboženstvo a viera sa pokúsil už niekoľkokrát poskytnúť Európsky súd pre ľudské práva vo svojich rozhodnutiach, do súčasnosti však stále neexistuje legálna definícia. Nevyhnutnosť existencie všeobecne záväznej definície sa ukáže v okamihu, keď si rôzne náboženské spoločnosti alebo kvázi – cirkvi uplatňujú v rámci vnútroštátnych právnych pravidiel rôzne výnimky z platnej legislatívy alebo žiadajú priznanie výhod vyplývajúcich z osobitného postavenia náboženských spoločností. Pravidelnou praxou tak je model, kedy vnútroštátne právo nepriznáva určitej „kvázi religióznej“ skupine praktizujúcej často zvláštne obrady status náboženskej spoločnosti. Tá sa následne obráti so žalobou na Európsky súd pre ľudské práva tvrdiac, že prišlo k porušeniu jej práva na slobodu myslenia, svedomia a náboženského vierovyznania a nárokuje si na priznanie vysokého finančného odškodnenia. Snaha o obídienie vnútroštátneho zákonodarcu prostredníctvom rozhodnutia Európskeho súdu pre ľudské práva je vnímaná zo strany zluvných štátov Dohovoru veľmi negatívne.

Rozlíšiť náboženstvo a vieru právne relevantným spôsobom sa aj s ohľadom na posilnenie právnej istoty adresátov právnych noriem javí ako nevyhnutné.

Pojem náboženstvo je úzko spätý s náboženskou slobodou a náboženským presvedčením, ktoré sa radia ku kľúčovým prvkom vedúcich k vytvoreniu vlastnej identity skupiny ľudí (veriacich). Náboženská sloboda a jej právna ochrana zahŕňa nielen oblasť tzv. vnútorného osobného presvedčenia (myslenie a svedomie ľudskej bytosti), ale i jej prejavy navonok prostredníctvom skutkov i slov v súkromí i na verejnosti.¹¹ Právna ochrana sa teda poskytuje ako v podobe forum internum (chráni sa viera ako taká), tak i forum externum (konania osôb vyplývajúcich z viery).¹²

Na druhej strane rovnako pojem viera predpokladá dosiahnutie určitého stupňa osobného presvedčenia (viac ako len mať názor na určitý problém). Viera fyzickej osoby musí dosiahnuť istú mieru osobného presvedčenia, závažnosti, súdržnosti a významu a byť považovaná za zlučiteľnú s ľudskou dôstojnosťou. Neoddeliteľne sa preto musí viazať na osobné presvedčenie o závažných a podstatných aspektoch ľudského života a správania resp. byť hodná ochrany európskej demokratickej spoločnosti.¹³

¹¹ Rozhodnutie ESEP vo veci Kokkinakis proti Grécku (1993, sťažnosť č. 14307/88, bod 31)

¹² HENNSLER, M. – HEINZ – JÜRGEN, K.: Arbeitsrecht Kommentar, 4. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010, ISBN 978-3-504-42661-3, str. 56 - 75.

¹³ Rozhodnutie ESEP vo veci Campbell a Cosans proti Veľkej Británii (25. 2. 1982, séria A, č. 48, bod 36).

Z uvedeného rozhodnutia a jeho odôvodnenia sa však rovnako odvádzajú i prípustnosť nereligioznej „náhľadu“ na svet ako oprávneného dôvodu zakladajúceho právnu ochranu proti nerovnakému zaobchádzaniu. Súčasne tak Európsky súdny dvor na základe vymedzenia viery ako primárnej podmienky vzniku náboženstva nepriamo stanovuje i podmienky, ktoré musia byť kumulatívne naplnené pri vymedzení porovnateľnej právnej úpravy svetonázoru ako diskriminačného dôvodu.

Z uvedeného je preto možné vyvodiť určitý záver o systematike a hierarchii usporiadania jednotlivých pojmov. Vychádzajúc z centrálného pojmu „právo na slobodu myslenia, svedomia a náboženského vyznania“ možno pojem náboženstva označiť za komplexný pojem, ktorý zahŕňa celý rad osobných presvedčení o vzniku, pôvode a význame určitých faktov alebo informácií vychádzajúcich z jednej ideologickej platformy (vytvára systém viery).¹⁴ Náboženstvo alebo všeobecne náboženské presvedčenie je preto možné rozdeliť na niekoľko čiastočných presvedčení o fundamentálnych otázkach života, ktoré spolu vytvárajú systém náboženstva.

Neodeliteľnou súčasťou náboženstva i viery na rozdiel napr. od svetonázoru v nemeckej právnej úprave je ale i ich transcendentálny vplyv na ľudí (veriacich), ktorý predpokladá existenciu vyššej moci ako tvorcu celého života na Zemi.¹⁵

Aj preto sa posúdenie, či v rámci konkrétneho prípadu ide alebo nejde o náboženstvo (resp. vieru či svetonázor) ponecháva samozrejme v zmysle európskeho Dohovoru na zmluvné strany a príslušné národné súdne orgány. V súdnej praxi členských krajín Európskej únie napríklad anglické a nemecké súdy nepriznávajú scientológii formu náboženstva a francúzske, ako aj americké súdy uznávajú scientológiu za náboženstvo.¹⁶ Odôvodnenie nemeckých súdov sa zakladá práve na chýbajúcom systéme porovnateľných odpovedí na základné otázky ľudskej existencie (o zmysle, pôvode a celi života) a v popredí stojí najmä sledovanie hospodárskych záujmov.¹⁷

Na druhej strane však omnoho zásadnejšie problémy v praxi spôsobuje interpretácia pojmu svetonázor. Diskriminačný dôvod

¹⁴ Rozhodnutie ESEP vo veci ISKON a ostatní proti Veľkej Británii (1994, sťažnosť č. 20490/92).

¹⁵ HENNSLER, M. – HEINZ – JÜRGEN, K.: *Arbeitsrecht Kommentar*, 4. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010, ISBN 978-3-504-42661-3, str. 56 - 75.

¹⁶ BARANCOVÁ, H. a kol.: *Pracovné právo v európskej perspektíve*, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeňek, s r.o., 2009, ISBN 978-80-7380-241-7, str. 76.

¹⁷ HENNSLER, M. – HEINZ – JÜRGEN, K.: *Arbeitsrecht Kommentar*, 4. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010, ISBN 978-3-504-42661-3, str. 56 - 75.

„svetonázor“ odvodzuje svoj pôvod rovnako z práva na slobodu myslenia, svedomia alebo náboženského vyznania. Na rozdiel od viery alebo náboženstva však nedisponuje nadprirodzeným charakterom pôsobenia na svojich prívržencov. Jeho prítomnosť sa viaže výlučne na vnútro človeka (má imanentný charakter). V zmysle judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva tak do pôsobnosti článku 9 Dohovoru jasne spadajú napr. pacifizmus, ateizmus alebo vegánstvo¹⁸, čo by sa malo nevyhnutne odraziť aj na ich zohľadnení v prípade právnej úpravy nerovnakého zaobchádzania. Právna ochrana napr. v Spolkovej republike Nemecko sa však neposkytuje každému, aj s ohľadom na právne dôsledky. Aj koncepcia svetonázoru ako diskriminačného dôvodu na úrovni náboženského vyznania predpokladá v Nemecku existenciu porovnateľného systému fundamentálnych otázok a odpovedí na otázky ľudskej existencie. Nemecká právna úprava však ponecháva samotné skúmanie na konkrétny prípad, pretože nie každé presvedčenie o usporiadaní súčasného sveta je možné považovať za svetonázor (nesmie mať napr. politický význam).¹⁹

Pri objektívnom zhodnotení však i vyššie popísané vysvetlenie pojmu svetonázor pokrýva najmä v otázkach jeho prejavu. Národný zákonodarca totiž predpokladá isté spôsoby prejavu vlastného presvedčenia (viery) iba pri náboženstve a nie napr. aj pri nereligioznom presvedčení, ktoré má svoje miesto výlučne vo vnútornom svete fyzickej osoby. Posúdenie, či ide v konkrétnom prípade o náboženstvo alebo svetonázor však môže byť nad odborné i osobnostné predpoklady príslušného sudcu.²⁰

Slovenský Zákonník práce uvádza v čl. 1 (Základné zásady) len pojmy náboženstvo a viera, pričom úplne opomína existenciu nereligioznych presvedčení.²¹ Z vyššie načrtnutého neobstojí ani jeho odvodenie z tzv. „politického alebo iného zmýšľania“, ktoré nespĺňa preukázateľné náročný systémový rámec náboženského vyznania aplikovaný napr. v nemeckej právnej úprave. Pokiaľ by sme teda svetonázor odvádzali „z iného zmýšľania“, vytvárala by sa tak preukázateľne

¹⁸ Pacifizmus (Arrowsmith proti Veľkej Británii, 1978, sťažnosť č. 7050/75), ateizmus (Angelini proti Švédsku, 1986, sťažnosť č. 10491/83), vegánstvo (W. proti Veľkej Británii, 1993, sťažnosť č. 18187/91) – bližšie pozri – Murdoch, J.: Freedom of thought, conscience and religion, Strasbourg: Council of Europe, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, 2007, str. 10 - 12, dostupné na internete: www.coe.int./human_rights

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Pri scientológii bolo možno posúdenie jednoduchšie aj vďaka ich mediálnej prezentácii a výpovediam množstva bývalých veriacich. Nejasné je však posúdenie iných, starších, náboženstiev alebo predkresťanských spoločností ako napr. druidizmus alebo vika.

²¹ Identickú právnu úpravu nájdeme aj v ustanoveniach § 2 zákona č. 365/2004 Z. z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov (antidiskriminačný zákon).

nerovnováha medzi uplatnením právnej ochrany medzi náboženstvom a svetonázorom.

Zákonnodarcu by mal preto do ustanovenia čl. 1 Zákonníka práce, ako i do textu antidiskriminačného zákona doplniť diskriminačný dôvod „svetonázor“ a v systematike ustanovenia ho zaradiť vedľa náboženstva.²² Nové nasledujúce ustanovenie antidiskriminačného zákona by súčasne objasňovalo pojem svetonázor nasledujúcim spôsobom: „Svetonázorom sa rozumie osobné presvedčenie ľudskej bytosti o určitom videní celého sveta, najmä však o pôvode a celi ľudského života porovnateľného so zákonom uznanými náboženskými spoločnosťami.“

Súčasnú slovenskú právnu úpravu tak možno označiť za čiastočne nevyváženú, keď obmedzuje právo na slobodu myslenia, svedomia a náboženského vyznania v prospech náboženských spoločností a diskriminuje tzv. neveriace osoby.

Diskriminácia na základe náboženstva a viery v praxi

Významným determinantom sa pri posudzovaní diskriminačného konania v kontexte náboženstva a viery javí ako osobitné právo cirkví na sebaurčenie, tak i miera sekularizmu národného zákonodarcu i aplikátorov práva. Pri niekoľkých praktických prípadoch, kedy prišlo k stretu slobody náboženského presvedčenia s inými základnými ľudskými právami a slobodami, bolo jednoznačne uprednostnené náboženstvo pred napr. právom rodičov na vzdelanie svojich detí podľa svojho vlastného presvedčenia alebo právo nebyť diskriminovaný na základe svojej vlastnej sexuálnej orientácie.

Právo cirkví na sebaurčenie predstavuje oprávnenú výnimku zo zákazu diskriminácie vo vzťahu k zamestnancom cirkevných organizácií alebo v iných súkromných organizáciách založených na náboženstve alebo viere. Uvedená možnosť cirkví a svetonázorových spoločností je obsiahnutá napr. v čl. 4 ods. 2 Smernice č. 2000/78/ES a pripúšťa oprávnenosť ich požiadavky vyžadovať od osôb, ktoré pre ne pracujú, aby sa správali lojálne a úprimne s étosom organizácie.²³

Podobne slovenský právny poriadok v § 8 zákona č. 365/2004 Z. z. (antidiskriminačný zákon) upravuje výnimku zo zásady rovnakého

²² Čl. 1 Zákonníka práce by následne znel: „...podľa pohlavia, manželského a rodinného stavu, rasy, farby pleti, jazyka, veku, nepriaznivého zdravotného stavu alebo zdravotného postihnutia, náboženstva a viery resp. svetonázoru, politického alebo iného zmýšľania, odborovej činnosti...“. Podobne by následne bolo novelizované i ustanovenie § 2 zákona č. 365/2004 Z. z..

²³ BARANCOVÁ, H. a kol.: Pracovné právo v európskej perspektíve, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeňek, s r.o., 2009, ISBN 978-80-7380-241-7, str. 79.

zaobchádzania z dôvodu náboženstva a viery akceptáciou práva cirkvi na sebaurčenie.

Špecifické postavenie cirkvi v európskych právnych poriadkoch bolo do súčasnosti akceptované s ohľadom na historické i aktuálne pôsobenie náboženských spoločností v oblasti vedy, vzdelávania i najrôznejších humanitárnych aktivít (starostlivosť o chorých a starých ľudí a pod.). Nezadržitelný rozvoj spoločnosti aj s ohľadom na výraznejší posun v ochrane iných sociálnych skupín spoločnosti spôsobuje, že v určitých okamihoch prichádza k zásadnému stretu rôznych ľudských práv a slobôd, kde sa uprednostnenie cirkevného záujmu javí ako zjavne neprimerané. V prípade akceptovania výpovede z dôvodu praktizovania homosexuality cirkevnými zamestnancami v Spolkovej republike Nemecko možno pochopiť uprednostnenie záujmu cirkvi s odkazom na religiózny charakter zamestnávateľa a jeho vnútorné kódexy správania zamestnancov. Pri obmedzení práva na štrajk alebo práva rodičov na určenie filozofického charakteru výchovu ich vlastných detí výhodnejšie postavenie cirkvi pokrívka.

Výrazným spôsobom sa však na posudzovaní prípadov prípadnej diskriminácie v kontexte náboženstva a viery odráža i miera sekularizmu aplikátorov právnych noriem, ale i celospoločenská mienka. Čo sa mimochodom prejavilo i v jednom z ostatných rozhodnutí Európskeho súdu pre ľudské práva vo veci Lautsi proti Taliansku. Rozhodnutie Veľkej komory ESLP sa tak stalo pokračovaním faktického uprednostňovania náboženskej slobody voči ostatným základným ľudským právam a slobodám, ktoré sa mimochodom prejavilo i v postoji talianskej súdnej sústavy.²⁴

Podstata prípadu Lautsi proti Taliansku sa týkala posúdenia kolízie dvoch základných ľudských práv – práva na náboženské vyznanie resp. jeho prejavov a práva rodičov na výchovu svojich detí. Pani Lautsi sa domáhala na Európskom súde pre ľudské práva uznania porušenia práva na výchovu svojich detí Talianskom.

Pani Lautsi namietala porušenie talianskych ústavných princípov „sekularizmu“ a „neutrality verejnej správy“ v dôsledku umiestnenia krížov v každej z učební štátnych školských zariadení, ktoré navštevovali jej synovia (zákonná požiadavka správnych predpisov)²⁵. Odôvodnenie pani

²⁴ Sťažnosti a žaloby pani Lautsi boli talianskou justičnou sústavou odmietnuté a kríž bol označený za symbol sekulárnych hodnôt talianskej ústavy a občianskeho života (Rozhodnutie Consiglio di Stato z 13. februára 2006).

²⁵ Vzťahy Talianska a Svätej stolice upravujú tzv. Lateránske zmluvy i Ústava Talianskej republiky. Čl. 8 Ústavy priamo zakotvuje právo cirkvi na organizovanie svojho vnútorného života podľa vlastných pravidiel i dogmatických téz na výsostnom území Talianskej republiky, pokiaľ nie sú v rozpore s talianskym právnym poriadkom.

Lautsi sa opieralo najmä o rozhodnutie Ústavného súdu Talianska, ktorý v roku 2000 judikoval, že „základný princíp rovnosti všetkých občanov pred zákonom neberie ohľad na ich náboženské vyznanie (čl. 3 Ústava Talianskej republiky), ako i rovnosť všetkých náboženstiev pred zákonom (čl. 8 Ústava Talianskej republiky), konanie štátnych orgánov musí byť preto nestranné a pristupovať ku každému z nich zhodným spôsobom“.²⁶ V dôsledku nálezu Ústavného súdu tak bola prítomnosť krížov vo volebných miestnostiach označená za rozpornú so sekulárnym charakterom štátneho zriadenia.

Pani Lautsi tvrdila, že prítomnosť kríža je nezlučiteľná so slobodou myslenia, svedomia a náboženského vyznania a práva na výchovu vlastných detí podľa vlastného presvedčenia. Predstavuje tak neoprávnený zásah do jej rodičovských práv, ktorá okrem iného zahŕňa aj právo rodičov určiť filozofické presvedčenie detí.²⁷

Argumentáciu talianskej vlády naopak charakterizovala snaha o posudzovanie symbolu a posolstva kríža ako humanistického posolstva, ktorý so sebou prináša a súčasne v sebe inkorporuje hodnoty demokratického spoločenského zriadenia bez religiózneho prvku.²⁸ Rovnako sa Taliansko odvolávalo na neexistenciu európsky záväzného a konformného výkladu pojmu sekularizmus, preto nie je možné s istotou určiť, či skutočne prišlo k narušeniu sekulárneho charakteru štátneho zriadenia a zásahu do práva na právo výchovu detí.²⁹ Odôvodnenie talianskej vlády sa opieralo i o akési nepísané pravidlo uplatňujúce sa pri chýbajúcom konsenze o výklade pojmu sekularizmus. Cieľom malo byť podľa talianskej vlády poskytnutie významnejšej autonómie zmluvným štátom Dohovoru pri jeho výklade s dôrazom na posúdenie prípadných dopadov na domáce právne i spoločenské podmienky.³⁰

²⁶ Nestrannosť a rovnaký prístup predstavujú základ princípu sekularizmu, ktorý je považovaný za určujúci a najdôležitejší prvok k zabezpečeniu pluralizmu viery, kultúry a rôznych tradícií a ich rovnováhy (bližšie rozhodnutie ústavného súdu č. 508/2000).

²⁷ Právo na výchovu detí podľa vlastného presvedčenia zakotvuje o. i. aj čl. 2 Protokolu 1 k Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd („*Nikom sa nesmie odoprieť právo na vzdelanie. ... musí štát rešpektovať právo rodičov zabezpečovať túto výchovu a vzdelanie v zhode s ich vlastným náboženským a filozofickým presvedčením.*“)

²⁸ „*Križ predstavuje súbor hodnôt a zásad, ktoré tvoria základ našej demokracie*“ (Rozhodnutie EŠLP vo veci Lautsi proti Taliansku (2010/2011, sťažnosť č. 30814/06, bod č. 35).

²⁹ Talianska vláda poukazovala i na ostatnú judikatúru EŠLP napr. vo veci Folgero proti Nórsku, sťažnosť č. 15472/02), kde súd vyjadril požiadavku identifikácie preukázateľného aktívneho pôsobenia porušovateľa, než iba prítomnosť určitého symbolu alebo obrazu, ktoré vedú k porušeniu čl. 2 Protokolu 1 Dohovoru.

³⁰ Bližšie - rozhodnutie EŠLP vo veci Lautsi proti Taliansku (2010/2011, sťažnosť č. 30814/06, bod č. 41).

Postoj talianskej vlády tak zreteľne poukázal na skutočnosť, že hoci sa štátny aparát označuje v zmysle právneho poriadku za nestranný a mal by preto v dôsledku toho posudzovať všetky prípady diskriminačného konania porovnateľným spôsobom, v praxi tomu tak nie je. Paradoxne v prípade Lautsi je nepriamo zvýhodnená práve osoba, ktorá sa hlási k štátom preferovanej cirkvi na úkor ostatných osôb. Náboženstvo a viera sú príčinou diskriminácie ostatných fyzických osôb, ale obráteným spôsobom. K diskriminácii fyzickej osoby neprichádza preto, lebo by sa hlásila k určitému náboženskému vyznaniu resp. cirkevnej organizácii, ale preto, že tak nerobí alebo sa odmieta prispôbiť určeným pravidlám s religióznym pozadím.

Zaujímavý obrat v rozhodovaní ESLP tak jasne načrtol odklon od puristického posudzovania prípadu podľa európskeho právneho rámca a poukázal na jasný vplyv náboženských lobistických skupín, medzi ktoré možno zaradiť i postoj desiatich európskych štátov.³¹ Európsky súd pre ľudské práva vo svojom prvotnom rozhodnutí jasne judikoval, že v prípade pani Lautsi prišlo k porušeniu práva rodičov na výchovu vlastných detí. Taliansko nedokáže zabezpečiť odovzdávanie informácii deťom objektívnym, pluralitným a kritickým spôsobom ako i rešpektovať náboženské a filozofické presvedčenie rodičov v súlade s čl. 2 Protokolu č. 1 za situácie, ak sa v triede nachádza kríž. Školská dochádzka i nezrelosť detí (nedostatok skúseností) predstavujú obzvlášť citlivé oblasti, v rámci ktorých je potrebné postupovať nanajvýš opatrne. Súd vzal v úvahu najmä povahu kríža ako náboženského symbolu a jeho prípadný dopad na mladých žiakov, pretože môže predstavovať neprimeraný tlak na študentov, ktorí nepraktizujú katolícku vieru alebo sa hlásia k inému.³²

Prítomnosť kríža v učebniach tak prekročila ústavné sekulárne hodnoty štátu a symbol kríža (s prihliadnutím aj na argumentáciu Talianska) podľa názoru Súdneho dvoru môže mať síce viacero významov, medzi ktorými ale náboženský prevažuje.

Súdny dvor v odôvodnení rozhodnutia ďalej objasňuje i tzv. negatívny aspekt práva na slobodu náboženského vyznania.³³ Negatívny aspekt práva

³¹ Arménsko, Bulharsko, Cyprus, Grécko, Litva, Malta, Monako, San Maríno, Rumunsko a Rusko požiadali ESLP, aby mohli počas procesu zastávať pozíciu „tretej strany“ (Amicus curiae), ktorá im umožňuje predkladať svoje pripomienky oficiálnou cestou. Rakúsko, Poľsko alebo Slovensko prijali rôzne deklarácie na podporu kríža. „Prípady kríža je jedinečný a nemá obdobu. Desať štátov sa rozhodlo vysvetliť európskemu súdu, aké sú hranice jeho právomoci a aké sú hranice možnosti vytvárať nové práva proti vôli členských štátov“ (Gregor Puppink, Európske centrum pre právo a spravodlivosť).

³² Podobne ako prozelytizmus (obracanie na vieru) – bližšie rozhodnutie ESLP vo veci Kokkinakis proti Grécku (sťažnosť č. 14307/88, 1993 alebo Karaduman proti Turecku, rozhodnutie Európskej komisie pre ľudské práva z 3. mája 1993).

³³ Analógiu možno nájsť aj v predchádzajúcich rozhodnutiach Európskeho súdneho dvora, v rámci ktorých sa bližšie zaoberal vymedzením tzv. negatívneho práva slobody

na slobodu náboženského vyznania sa neobmedzuje výlučne na absenciu realizácie bohoslužieb alebo vzdelávania s religióznym charakterom, ale i na zdržanie sa používania postupov a symbolov vyjadrujúcich náboženstvo či vieru a pod. Rovnako ako ochrana náboženského vyznania si i negatívny aspekt práva na slobodu náboženského vyznania zaslúži osobitnú ochranu. Štát má preto povinnosť dodržiavať konfesnú neutralitu verejného školstva a brať do úvahy nielen názory rodičov požadujúcich umiestňovanie náboženských symbolov vo verejných školách, ale i tých, ktorí ich prítomnosť v škole odmietajú.³⁴

Hoci rozsudok v prípade Lautsi bol prijatý jednomyseľným rozhodnutím sedemčlennej komory Súdneho dvora, znamenala následná žiadosť talianskej vlády o predloženie prípadu Veľkej komore a jej rozhodnutie zásadný obrat v dosiahnutom pokroku zachovávaní sekularizácie národného štátneho aparátu. Veľká komora pri posúdení prípadu nedospela k rovnakým záverom než prvostupňový súd a nenašla dôvodnú skutočnosť, ktorá by zakladala porušenie čl. 2 Protokolu 1 v spojení s čl. 14 Dohovoru. Výsledkom rozhodnutia je fakt, že v prípade Lautsi neprišlo k porušeniu práv rodičov na výchovu vlastných detí podľa svojho filozofického presvedčenia. I keď bolo sčasti možné na základe ostatnej vlny odporu niektorých členských štátov a náboženských organizácií očakávať určitú korekciu predchádzajúceho rozhodnutia, takýto zásadný obrat v posúdení argumentácie sporových strán i prvostupňového súdu možno považovať za zarážajúci. Pokiaľ bolo rozhodnutie prvostupňového súdu podrobené kritike odbornej i laickej verejnosti pre nedostatok hlbšej analýzy charakteru kríža i jeho prípadných dopadov na žiakov, odôvodnenie rozhodnutia Veľkou komorou vyvoláva rovnako mnohé nejasnosti.

Argumentáciu Veľkej komory možno subsumovať do dvoch oblastí – návrat k rešpektovaniu voľnej úvahy zmluvného štátu Dohovoru a nutnosť aktívneho zásahu žalovaného subjektu do práva domáhajúceho sa ochrany (práva na výchovu detí).

Súdny dvor dospel k názoru, že rozhodnutie o umiestnení kríža spadá výlučne do záležitostí voľného uváženia zmluvného štátu Dohovoru. Súdny dvor má v zásade iba posúdiť skutočnosť, či v konkrétnom prípade

združovania, ktoré subsumoval pod čl. 11 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd. Absencia vymedzenia negatívneho práva slobody združovania totižto umožňovala vznik systému closed shop vo Veľkej Británii alebo dohôd o výhradnom zamestnávaní v Dánsku, ktoré nútili zamestnancov vstupovať proti ich vôli do odborových organizácií (bližšie napr. v rozhodnutí EŠLP vo veci Sorensen/Rasmussen proti Dánsku - sťažnosť č. 52562/1999, 52620/1999, Sigurjonsson proti Islandu, Gustafsson proti Švédsku – sťažnosť č. 18/1995/524/620 a pod.)

³⁴ Rozhodnutie EŠLP vo veci Lautsi proti Taliansku (2010/2011, sťažnosť č. 30814/06, bod 48 – 58).

prišlo k prekročeniu uvedeného oprávnenia, ktoré by následne zakladalo porušenie práv obsiahnutých v texte Dohovoru alebo jeho protokolov. Súdny dvor pri svojom rozhodnutí zvýraznil najmä historický kontext, právny, kultúrny i spoločenský (filozofický) vývoj v konkrétnej krajine, ktorý pokladá za kľúčový pri posudzovaní prípadného porušenia práv priznaných Dohovorom. Súčasne však ESLP konštatuje, že zohľadnenie národnej tradície nezavahuje zmluvný štát povinnosti dodržiavať ľudské práva a slobody zakotvené v Dohovore a protokoloch.³⁵

Uvedené konštatovanie však vyznieva značne rozporuplne pri zohľadnení ostatných rozhodnutí ESLP v prípadoch napr. posudzovania diskriminačného zaobchádzania na základe sexuálnej orientácie. Hoci ESLP požaduje dodržiavanie ľudských práv a slobôd, súčasne ich praktickú aplikáciu limituje zohľadnením národných osobitostí. Tie tak môžu často viesť k oslabeniu či sťaženiu ich aplikácie oprávnenými subjektmi. Následná existencia odlišného uplatňovania ľudských práv a slobôd v jednotlivých zmluvných štátoch Dohovoru môže vytvárať neprijateľné „aplikačné“ výnimky zo zákazu diskriminácie či viesť k pochybnému zvýhodňovaniu práva cirkvi na sebaurčenie. Voľná úvaha štátu, ktorú vcelku správne opomenul prvostupňový súd s cieľom uprednostniť univerzálny charakter ľudského práva (práva na výchovu detí rodičmi), sa opätovne stáva nástrojom nerovnakého zaobchádzania.

Rovnako sa Veľká komora Európskeho súdu pre ľudské práva podľa môjho názoru nedostatočne vysporiadala s pôsobením kríža na žiakov navštevujúcich štátne vzdelávacie inštitúcie v Taliansku. Napriek opakovanému konštatovaniu Veľkej komory, že kríž je predovšetkým náboženský symbol než výraz hodnôt demokratickej spoločnosti, ako to tvrdila talianska vláda, nepovažuje Súdny dvor spor o jeho charakter za kľúčový prvok pri posúdení porušenia práva v prípade Lautsi. Za zásadnú otázku považuje neprítomnosť aktívneho pôsobenia štátu na náboženské vyznanie žiakov alebo snahy o jeho zmenu. Visiaci kríž na stene má výlučne pasívny charakter pôsobenia, ktorý nie je spôsobilý ovplyvniť mladých ľudí do tej miery, ktorú by mohli oprávnené pociťovať ako nátlak na vlastné presvedčenie. Rovnako subjektívne vnímanie jeho vplyvu na žalobkyňu posudzuje súd ako nedostatočné pre rozhodnutie o porušení čl. 2 Protokolu 1.³⁶ Súdny dvor sa tak opakovane zaujal alibistickú pozíciu pri možnosti stanovenia presadzovania religiozity do sekulárnych oblastí štátneho pôsobenia a určenie limitov pre kresťanské idey v národnom právnom

³⁵ Rozhodnutie ESLP vo veci Lautsi proti Taliansku – rozhodnutie Veľkej komory (2010/2011, sťažnosť č. 30814/06, bod 66 – 68).

³⁶ Rozhodnutie ESLP vo veci Lautsi proti Taliansku – rozhodnutie Veľkej komory (2010/2011, sťažnosť č. 30814/06, bod 66 – 68).

poriadku ponecháva na národného zákonodarcu aj s tým vedomím, že môže prísť k nerovnakému zaobchádzaniu.³⁷

Veľká komora ďalej prišla k názoru, že kríže v učebniach nemajú na mladých ľudí žiadny vplyv. Práve prvostupňový súd bol kritizovaný za nedostatok hlbšej analýzy pôsobenia krížov na žiakov a konštatovaní o jeho prítomnosti. Odvolací súd rovnako bez dôkladnej analýzy uviedol, že žiadny významný vplyv neexistuje. Kontroverzne však súčasne vyznieva i fakt, že Veľká komora si osvojila právo posúdiť význam islamskej šatky a kríža pre obe náboženstvá. Kým prvostupňový súd oba považoval za „silné vonkajšie symboly“ viery pri zohľadnení záverov rozhodnutia EŠLP vo veci Dahlab a ako také spôsobilé narušiť princíp neutrality a sekularizmu, Veľká komora EŠLP mala zjavne opačný názor. Zákaz nosenia islamských šatiek prispel k zachovaniu ochrany náboženskej viery ostatných žiakov a ich rodičov, zákaz umiestňovania krížu ako kresťanského symbolu v štátnych školách už nie.³⁸ Odvolanie sa Súdného dvora na osobitosti jednotlivých prípadov tak len zachraňuje slabú argumentačnú pozíciu a odlišné posúdenie náboženských symbolov v zmysle porušenia čl. 9 Dohovoru v spojení s čl. 2 Protokolu 1 a čl. 14 Dohovoru. Súd takisto nedospel k rozhodnutiu o diskriminačnom zaobchádzaní s pani Lautsi, pretože zdôraznil previazanosť čl. 14 s čl. 9 a čl. 2 Protokolu 1, ktoré podľa jeho záveru neboli porušené. Čl. 14 sa totižto viaže na hmotnoprávne ustanovenia Dohovoru a jeho protokolov upravujúce základné ľudské práva a slobody a preto nie je možné rozhodnúť o jeho samostatnom porušení.³⁹

Poučenie plynúce z ostatného rozhodnutia Európskeho súdu pre ľudské práva je smutnou správou pre všetkých. Kresťanské náboženstvo, pri

³⁷ Podobnú právnu pozíciu zaujal Súdny dvor aj vo veci Folgerø a ostatní proti Nórsku (2007, sťažnosť č. 15472/02, bod 84, 89) alebo Zengin proti Turecku (2007, sťažnosť č. 1448/04, bod 51 - 63). V prípade Folgerø posudzoval Súdny dvor obsah predmetu „Kresťanstvo, náboženstvo a filozofia“, v rámci ktorého poskytovali učebné osnovy väčší priestor vyučovaniu kresťanského náboženstva než u iných vierovyznaní. Súdny dvor však mal za to, že v uvedenom prípade nešlo o porušenie nestrannosti, plurality a objektívnosti poskytovaného vzdelania a rozhodnutie o určení prípustných limitov prekročenia sekularity resp. dodržania rovnováhy medzi náboženstvami ponechal na voľnú úvahu štátu (bližšie Rozhodnutie EŠLP vo veci Lautsi proti Taliansku – rozhodnutie Veľkej komory (2010/2011, sťažnosť č. 30814/06, bod 70).

³⁸ V prípade Dahlab proti Švajčiarsku (2001, sťažnosť č. 42393/98) sťažovateľka – učiteľka moslimského pôvodu napadla zákaz nosenia islamských šatiek pri vyučovaní vo švajčiarskych verejných školách. EŠLP však v uvedenom prípade judikoval, že švajčiarsky zákon obsahujúcu spomínaný zákaz je v súlade s čl. 9 ods. 2 Dohovoru a je nevyhnutný pre demokratickú spoločnosť. Významným záverom rozhodnutia je však konštatovanie Súdného dvora, že nosenie šatky by mohol mať vplyv na ostatných žiakov. Uvedené rozhodnutie tak dokonale kopíruje následné rozhodnutie prvostupňového súdu vo veci Lautsi, ktoré bolo neskôr zvrátené rozhodnutím Veľkej komory.

³⁹ Rozhodnutie EŠLP vo veci Lautsi proti Taliansku – rozhodnutie Veľkej komory (2010/2011, sťažnosť č. 30814/06, bod 80 – 81).

plnom rešpekte k jeho prínosu pre demokratickú a právnu spoločnosť, je i naďalej uprednostňované pred ostatnými vierovyznaniami i ateistickou spoločnosťou. Negatívnym faktom je však i jeho kvalitnejšia spoločenská i právna pozícia pred uplatňovaním iných ľudských práv a slobôd, ktoré sú často pre ostatných „neveriacich“ ľudí kľúčové pri realizácii vlastného života (napr. s odlišnou sexuálnou orientáciou).

Prelomové rozhodnutia smerujúce k „prelomeniu“ práva cirkvi na sebaurčenie v prospech iných základných ľudských práv a slobôd je preto možné očakávať skôr na úrovni národných súdov resp. národných zákonodarcov.

V súvislosti s uvedeným je nutnosťou preto spomenúť ostatné rozhodnutie Krajinského súdu v Hamburgu⁴⁰. Na základe práva na sebaurčenie cirkvi sa v Spolkovej republike Nemecko uplatňuje osobitný systém pracovného práva pre katolícku cirkev, ktorého jedna zo súčastí sa označuje ako „tretia cesta“ (Drittes Weg). Jej cieľom je zosúladienie záujmov katolíckej cirkvi resp. jej zamestnancov. Proces určovania pracovných podmienok prebieha v rámci tzv. pracovnoprávných komisií. Právo na štrajk, výluka alebo jednostranné stanovenie pracovných podmienok vedením sú nezlučiteľné so službou a poslaním cirkvi v spoločnosti a preto sú nepovolené.⁴¹

Praktické prípady však poukázali, že aj zamestnanci cirkevných organizácií majú záujem na dosiahnutí výhodnejších pracovných podmienok a nie sú zo strany svojich zamestnávateľov dostatočne uspokojení. Osobitný cirkevný systém pracovného práva im však bráni v uplatnení základného sociálneho práva (prípustného nátlakového prostriedku na zamestnávateľa), čo je pochopiteľne v rozpore s mnohými medzinárodnými právnymi dokumentmi⁴². Prelomovým sa rozhodnutie stalo v okamihu, keď súd pripustil uplatnenie práva na štrajk aj pre zamestnancov cirkevných organizácií. Úplné vylúčenie uplatnenia práva na štrajk cirkevných zamestnancov predstavuje ich neprimerané obmedzenie. Zamestnancom cirkevných organizácií patria rovnaké práva ako porovnateľným zamestnancom u iných, nereligióznych, zamestnávateľov. Z odôvodnenia rozhodnutia súdu však možno vyvodíť i konštatovanie, že právo cirkvi na

⁴⁰ Rozhodnutie Krajinského súdu pre pracovné právo - Hamm 8 Sa 788/10.

⁴¹ Kirchliches Arbeitsrecht (dostupné na internete: www.caritas.de/2257.html)

⁴² Napr. Dohovor Medzinárodnej organizácie práce č. 154 o kolektívnom vyjednávaní, Európska sociálna charta (čl. 6 ods. 4), Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd (čl. 11) a pod.

sebaurčenie nepredstavuje všemocné zaklínadlo a ospravedlnenie nerovnakého zaobchádzania so zamestnancami.⁴³

Záver

Kresťanské korene Európskej únie a ich prípadné zohľadnenie v národných právnych poriadkoch je dôležité nielen pre zachovanie vlastne európskej identity, ale i pre celkovú humanizáciu súčasnej spoločnosti v súlade s mravnými imperatívmi kresťanského vierovyznania. Právo cirkvi na sebaurčenie sa však nesmie stať prostriedkom k pokračujúcemu obmedzovaniu iných ľudských práv a slobôd či už v podobe zákazu práva na štrajk alebo akceptácie výpovede zo skutočnosti, ktorú nedokáže jedinec ovplyvniť vlastným konaním (sexuálna orientácia). Členské štáty Európskej únie sa musia snažiť o udržiavanie rovnováhy medzi náboženskými vyznaniami i sekulárnym obyvateľstvom. Nehovoriac už o zabezpečení rovnakého prístupu obyvateľstva k požadovanému vzdelaniu v súlade s vlastným filozofickým presvedčením resp. zabezpečiť jeho minimálny neutrálny štandard.

Literature:

BARANCOVÁ, H.: Zákonník práce. Komentár., Praha: C. H. Beck, 2010, str. 5 – 12, ISBN 978-80-7400-172-7

BARANCOVÁ, H.: Európske pracovné právo. Flexibilita a bezpečnosť pre 21. storočie, Bratislava: Sprint dva, 2010, str. 157 - 168, ISBN 978-80-89393-42-8

BARANCOVÁ, H.: Pracovné právo v európskej perspektíve, Plzeň: Aleš Čeněk s r.o., 2009, str. 75 – 84, ISBN 978-80-7380-241-7

GAJDOŠOVÁ, J.: Kauza kríže – vzdelávanie detí v štátnych školách v súlade s náboženským presvedčením ich rodičov, In: Justičná revue – časopis pre právnu prax, č. 4/2010, str. 499 – 505, ISSN 1335-6461

HENNSLER, M. – HEINZ – JÜRGEN, K.: Arbeitsrecht Kommentar, 4. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010, str. 56 – 75, ISBN 978-3-504-42661-3

OLŠOVSKÁ, A.: Pracovnoprávne postavenie osôb vykonávajúcich duchovenskú činnosť, In: Acta Universitatis Tyrnaviensis Iuridica, Trnava : Právnická fakulta Trnavskej univerzity, 2005, str. 241 - 266, ISBN 80-8078-055-2

⁴³ Pre objektivnosť je potrebné uviesť, že v uvedenom prípade bolo podané zo strany cirkvi odvolanie k Spolkovému súdu pre pracovné právo a prípad nebol do súčasnosti rozhodnutý. V kontexte nemeckej judikatúry je nevyhnutné spomenúť i rozhodnutie Súdu pre pracovné právo v Bielefelde, ktorého záver odporuje rozhodnutiu Krajinského súdu v Hamburgu a nepriznáva cirkevným zamestnancom právo na štrajk (3 Ca 2958/09).

Contact – email

marek.svec@yahoo.de

PROMĚNY EVROPSKÉ LEGISLATIVY V OBLASTI OCHRANY ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

JANA TKÁČIKOVÁ - PETR VACULÍK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita (Katedra práva životního prostředí a pozemkového práva), Česká republika

Abstract in original language

K dosažení cíle vysoké úrovně ochrany životního prostředí na úrovni Evropské unie byla přijata řada právních norem, jejichž podoba se postupně měnila. Příspěvek bude věnován posunu od převážně složkové a administrativně zaměřené legislativy k horizontální a flexibilnější metodě právní regulace. Diskutován bude tento posun jak z pohledu samotné evropské environmentální politiky, tak v souvislosti s prosazováním integrace environmentálních požadavků do ostatních politik EU.

Key words in original language

Udržitelný rozvoj, integrace, environmentální politika, nástroje právní regulace.

Abstract

To attain the objective of high level of environment protection within European Union a set of legal rules whose form has gradually modified has been adopted. The paper will be devoted to the shift from media-related and traditional command regulation to horizontal and more flexible methods of environmental regulation. This shift will be discussed both from view of European environmental policy itself and in the context of the assertion of the environmental integration to other EU policies.

Key words

Sustainable development, integration, environmental policy, legal regulation tools.

V rámci Evropské Unie (EU) se environmentální politika a s tím související legislativa v oblasti ochrany životního prostředí začala rozvíjet jako samostatná politika na začátku osmdesátých let minulého století. Do té doby byla především doménou členských států¹ a případná právní úprava ze strany Evropských společenství byla nekoncepční a vždy sloužila pouze pro

¹ Některé státy jako např. Německo nebo Holandsko patřily mezi velké zastánce spojené komunitární politiky životního prostředí více viz. Jordan A (ed.). *Environmental Policy in the European Union*. Second edition, Earthscan, 2005. Str. 28.

řešení konkrétního případu. V Římských smlouvách² nejenže nebyla ochrana životního prostředí uvedena jako jeden z cílů, ale samotná smlouva tuto problematiku vůbec nereflektovala. Z tohoto důvodu bylo nutné případnou tvorbu environmentálně zaměřených norem postavit na jiném právním základu, v této souvislosti byl využíván primárně článek 94 (ex 100)³ Smlouvy o Evropského hospodářského společenství (EHS), případně článek 308 (ex 235)⁴. Příkladem environmentální legislativy založených na těchto člancích jsou například směrnice Rady 78/319/EHS o toxických a nebezpečných odpadech či směrnice Rady 67/548/EHS o sbližování zákonů, jiných právních předpisů a administrativních opatření o klasifikaci, balení a označování nebezpečných látek. Pro evropskou environmentální legislativu 70. a 80. let byla typická podrobnost a ponechání členským státům velmi malého prostoru pro flexibilní implementaci. Lze říci, že do přijetí Jednotného evropského aktu vývoj komunitární environmentální legislativy probíhal za neexistence vývoje jeho formálního právního základu⁵. Právní soulad tohoto postupu byl posvěcen také judikaturou Evropského soudního dvora⁶.

Přijetím Jednotného evropského aktu⁷ se požadavky na ochranu životního prostředí staly jedním z výslovných bodů Smlouvy o EHS. Tento právní dokument položil právní základ politiky životního prostředí v rámci Evropských společenství, kdy doplnil smlouvu o založení EHS o hlavu sedmou, článek 130r, který stanovil základní cíle činnosti Společenství vztahující se k životnímu prostředí, podmínky a zásady pro jejich dosahování. Politika životního prostředí byla zahrnuta mezi sdílené politiky, ovládaná principem subsidiarity.

Od poloviny osmdesátých let se současně začaly objevovat politické prohlášení o nutnosti nových přístupů k ochraně životního prostředí

² Římské smlouvy je obecný název pro dvě smlouvy podepsané v Římě 25. března 1957, a to smlouvu zakládající Evropské hospodářské společenství (EHS) a smlouvu zakládající Evropské společenství pro atomovou energii (Euratom).

³ Rada na návrh Komise a po konzultaci s Evropským parlamentem a Hospodářským a sociálním výborem jednomyslně přijímá směrnice o sbližování právních a správních předpisů členských států, které mají přímý vliv na vytváření nebo fungování společného trhu.

⁴ Ukáže-li se, že k dosažení některého z cílů Společenství v rámci společného trhu je nezbytná určitá činnost Společenství, a tato smlouva mu k tomu neposkytuje nezbytné pravomoci, přijme Rada na návrh Komise a po konzultaci s Evropským parlamentem jednomyslně vhodná opatření.

⁵ Jordan A (ed.). *Environmental Policy in the European Union: Actors, Institutions and Processes*. Second edition. Earthscan, 2005. Str. 26.

⁶ Více viz Holder, J., Lee, M. *Environmental protection law and policy* 2nd Cambridge University Press: Cambridge, 2007. Str. 208 a n.

⁷ Jednotný evropský akt byl přijat 28. února 1986 v Bruselu a byl první revizí Římských smluv.

využívající alternativních nástrojů k tradičním regulačním nástrojům (*command and control*) politiky životního prostředí.

Nové politické směry se pak odrazily ve Smlouvě o Evropské Unii⁸ (též Maastrichtská smlouva). Změna přístupu k ochraně životního prostředí byla patrná ve výslovném zmínění ochrany životního prostředí v preambuli a především v člancích 2 a 3 Smlouvy o EU. Byla zde zakotvena politika životního prostředí jako jedna z klíčových činností Společenství. Do článku 130r byl doplněn princip integrace⁹ ochrany životního prostředí do formulování a uplatňování jiných politik ES.

Princip integrace životního prostředí vychází z poznatku, že pouhá existence politiky životního prostředí nemůže vést ke zlepšení životního prostředí, jež jsou potřebná jako součást udržitelného rozvoje. Změny nutné ke snížení vysoce problémové zátěže životního prostředí v odvětví rybolovu, zemědělství, dopravy, energetiky i v jiných oblastech s cílem dosáhnout udržitelného rozvoje lze provést pouze v rámci procesu integrace v oblasti životního prostředí v těchto odvětvích¹⁰. Princip integrace tak představuje první v řadě akceschopných principů k prosazení a upevnění myšlenky trvale udržitelného rozvoje¹¹. Udržitelný rozvoj má za cíl harmonizovat environmentální, ekonomické a sociální zájmy a zároveň se snaží mírnit potenciální vzájemné konflikty těchto oblastí.¹² Dalším zdůrazněním principu integrace bylo jeho přesunutí mezi hlavní principy Evropského společenství, a to do článku 6 (ex 3c)¹³ ve znění Amsterodamské smlouvy pozměňující Smlouvu o EU, Smlouvu o založení ES a některé související akty. Od té doby se princip integrace a princip trvale udržitelného rozvoje stávají klíčovými prvky při vytváření legislativy a strategických dokumentů v oblasti životního prostředí¹⁴, což se dlouhodobě projevuje novými politickými i legislativními přístupy v oblasti životního prostředí, zejména:

⁸ OJ 92/C 224/01

⁹ Princip integrace byl obsažen v článku 130r: „*Požadavky na ochranu životního prostředí musí být zahrnuty do vytváření a provádění jiných politik Společenství.*“

¹⁰ European Commission, Integrating Environmental Considerations into other Policy Areas – a Stocktaking of the Cardiff Process COM (2004) 394 final. Str. 2.

¹¹ Jordan A (ed.). Environmental Policy in the European Union: Actors, Institutions and Processes. Second edition. Earthscan, 2005. Str. 297.

¹² Tyto principy byly ještě zvýrazněny přijetím Pátého akčního programu pro životní prostředí, který se stal základním politicko-strategickým dokumentem Evropských společenství pro následující dekádu

¹³ Článek 6 stanovuje, že „*požadavky na ochranu životního prostředí musí být zahrnuty do vymezení a provádění politik a činností Společenství, zejména s ohledem na podporu udržitelného rozvoje.*“

¹⁴ Hodnocení prokázalo pozitivní výsledky tohoto procesu, na druhé straně však poukázalo na určité slabiny. Více viz European Commission, Integrating Environmental

- vytvářením rámcových směrnic¹⁵, které stanoví cíle, avšak nechávají na jednotlivých členských státech, jakými prostředky jich mají dosáhnout. Typické pro ně je zavádění velkého počtu politických nástrojů a administrativních opatření, které ve svém důsledku umožňují větší transparentnost, dřívější kontrolu, a správné vymáhání a zajišťují dostatečnou integraci s environmentálními i sektorovými politikami k dosažení daných cílů¹⁶.
- vytvářením „limitních“ směrnic¹⁷, které se vyznačují na jedné straně stanovením maximálních limitů či hodnot, na druhé straně se stejně jako v případě rámcových směrnic ponechává na jednotlivých členských státech, jak těchto hodnot či limitů dosáhnout.
- zaváděním nových nástrojů ať již ekonomického, reflexivního nebo procedurálního typu, které v sobě určitým způsobem odrážejí princip *"znečišťovatel platí"*. Je třeba podotknout, že i přes jejich nárůst nedošlo k vytlačení tradičních nástrojů *command and control*. Ekonomické nástroje patří v rámci EU k nejproblematičtějším. I přes snahu Komise se podařilo schválit na úrovni EU pouze některé z nich (podpory, emisní povolenky), jiné (ekologické daně) především pro velký odpor některých členských států přijaty nebyly. Mezi reflexivní nástroje patří ekootřezování nebo program systému environmentálního řízení a auditu (EMAS). Výhodou těchto nástrojů je dobrovolné zainteresování dotčených subjektů (provozovatelů, spotřebitelů, atd.)¹⁸. Procedurální nástroje (integrována prevence a omezování znečišťování, posuzování vlivů na životní prostředí) umožňují mj. účast veřejnosti při procesu ochrany životního prostředí a zároveň poskytují veřejnosti dostatečné množství informací.

V posledních dvou desetiletích tak dochází v evropském environmentálním právu k tzv. deregulaci spočívající v přesunu odpovědnosti zpět na členské státy a prosazování tzv. „seberegulace“ postavené na sdílené odpovědnosti dotčených subjektů na ochraně životního prostředí.

Considerations into other Policy Areas – a Stocktaking of the Cardiff Process COM (2004) 394 final.

¹⁵ Např. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/60/ES, kterou se stanoví rámec pro činnost Společenství v oblasti vodní politiky

¹⁶ Scheuer S. EU Environmental Policy Handbook. Brussel: European Environmental Bureau. 2005. Str. 25.

¹⁷ Typickým příkladem je Směrnice 2001/81/ES Evropského parlamentu a Rady o národních emisních stropích pro některé látky znečišťující ovzduší

¹⁸ Blíže viz Orts E. O. Reflexive Environmental Law. In Menell P. S. (ed.). Environmental Law. Aldershot: Ashgate Publishing Company, 2002. Str. 347 - 460.

Významný vliv na současnou podobu environmentální legislativy má také proces započatý v roce 2001¹⁹ spočívající ve zlepšování úrovně právní regulace. Hlavními nástroji se pro tento proces staly, pokud jde o nově navrhovanou legislativu hodnocení dopadů (*impact assessment*), u stávající legislativy pak zjednodušování (*simplification*) a snižování administrativní zátěže na základě průběžného *screeningu*. Hodnocení dopadů navrhované legislativy bere v potaz hlediska ekonomická, sociální i environmentální. Na reálný význam hodnocení nejen environmentálních, ale i ekonomických aspektů má ale rozhodující vliv následný legislativní proces, jak bude s hodnocením jednotlivými legislativními aktéry (Radou a Parlamentem) naloženo, k jakým změnám v legislativním návrhu nakonec dojde, neboť hodnocení dopadů se váže k návrhu předloženému na začátku legislativního procesu Komisí²⁰, což je dokladováno i na níže uvedeném příkladu.

U stávající legislativy je používáno různých metod, které mají vést ke zjednodušování právní úpravy a snižování administrativní zátěže. V případě, že není dostačující pouze přistoupit ke kodifikaci platné právní úpravy, tj. zpřehlednění mnohokrát novelizovaného textu bez dalšího přepracování, je v posledních letech prosazována integrace právní úpravy, tj. slučování několika stávajících právních předpisů do jediného. Výsledkem by mělo být snížení celkové sumy právních ustanovení, zvýšení transparentnosti a srozumitelnosti právní úpravy.²¹

Jakékoliv výše uvedené „zlepšení“ právní úpravy musí být vedeno cílem dosáhnout požadovaného cíle právní úpravy, což je zvláště v případě environmentální legislativy permanentně omezováno úrovní implementace v jednotlivých členských státech. Politika životního prostředí ovládaná principem subsidiarity, nutnost zohledňovat specifika místního prostředí, převaha směrnic ponechávající členským státům širokou míru diskrece, složité hledání kompromisů s vazbou na uplatňování ostatních pilířů udržitelného rozvoje, to jsou jen některé důvody výrazného implementačního deficitu v této oblasti²². Nejde přitom pouze o pozdní transpozici, ale také o způsob implementace do právního řádu členského státu a dále pak samotnou aplikaci a prosazování předmětné právní úpravy v praxi. Za zásadní počín k podpoře prosazování právní úpravy v členských

¹⁹ White Paper on European Governance COM (2001) 428 final a Simplifying and improving the regulatory environment COM (2001) 726 final

²⁰ Srov. Hjerp, P., Homeyer, I., Pallemarts, M. and Farmer, A. Impact of Better Regulation on EU Environmental Policy under the Sixth Environment Action Programme Report for the Brussels Institute for Environmental Management. IEEP: London, 2010. Str. 22 a 23.

²¹ Srov. Hjerp, P., Homeyer, I., Pallemarts, M. and Farmer, A. Impact of Better Regulation on EU Environmental Policy under the Sixth Environment Action Programme Report for the Brussels Institute for Environmental Management. IEEP: London, 2010. Str. 25.

²² Srov. European Commission. 27th Annual Report on Monitoring the Application of EU Law – Situation in Different Sectors. SEC (2010) 1143 final. Str. 168 – 241.

státech lze považovat přijetí směrnice o trestněprávní ochraně životního prostředí²³, která nebýt zásahu Evropského soudního dvora právě pro rozpor s principem subsidiarity²⁴, by kromě vymezení skutkových podstat trestných činů obsahovala i konkretizaci sankcí. Další podporou, a to efektivního výkonu kontroly a dozoru v oblasti životního prostředí, ze strany EU je doporučení poskytující minimální kritéria pro environmentální inspekce²⁵. Ačkoliv se nejedná o závazný právní akt, jeho uplatnění tedy není možné vynutit, je cenným zdrojem informací pro orgány EU i užitečným vodítkem pro členské státy, resp. příslušné státní orgány. Běžnými prostředky ke kontrole úrovně implementace evropských environmentálních předpisů je v každém evropském právním aktu obsažená povinnost členských států podávat sdělení o vnitrostátní právní úpravě přijaté k provedení a pravidelné zprávy o provádění předmětné právní úpravy.

Příkladem dokládajícím proměny evropské environmentální legislativy je právní úprava týkající se ochrany životního prostředí před vypouštěním znečišťujících látek. Emise překračující přípustnou míru znečišťování jednotlivých složek životního prostředí byly regulovány Evropským společenstvím od 70. let 20. století²⁶, což představovalo tzv. odvětvový přístup spočívající v ochraně před znečištěním jednotlivých složek životního prostředí, v regulaci objektu představující zdroj ohrožení životní prostředí. Nicméně rozdílné přístupy k omezování emisí do ovzduší, vody či půdy spíše podporovaly přenos znečištění mezi těmito jednotlivými složkami, než aby chránily životní prostředí jako celek.²⁷ Z uvedeného důvodu bylo přistoupeno v roce 1996 k přijetí směrnice IPPC²⁸, horizontální právní úpravy postavené na principu integrované ochrany ovzduší, vody a půdy a vysoké úrovně ochrany životního prostředí jako celku při využití nejlepších dostupných technik. Tato směrnice odvětvovou právní úpravu nenahradila, ale u jmenovaných významných průmyslových činností zajistila integrovaný a komplexní přístup k ochraně životního prostředí. V této souvislosti se objevuje v evropské environmentální legislativě pojem nejlepších dostupných technik, jejichž uplatňování představuje nový nepřímý nástroj regulace znečišťování s potenciálem podněcujícím technologické inovace ze strany znečišťovatelů. Směrnice IPPC tak nabízí jako základ tradiční

²³ Směrnice Evropského Parlamentu a Rady 2008/99/ES o trestněprávní ochraně životního prostředí.

²⁴ Rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci C-440/05 Komise vs. Rada

²⁵ Doporučení Evropského parlamentu a Rady 2001/331/ES, kterým se stanoví minimální kritéria pro inspekce ochrany životního prostředí v členských státech

²⁶ Např. směrnice Rady 78/176/EHS o odpadech z průmyslu oxidu titaničitého, směrnice Rady 76/464/EHS o znečišťování některými nebezpečnými látkami vypouštěnými do vodního prostředí Společenství.

²⁷ Bod 7 recitálu směrnice Rady 96/61/ES o integrované prevenci a omezování znečištění.

²⁸ Směrnice Rady 96/61/ES o integrované prevenci a omezování znečištění

regulační nástroj v podobě povolení, jeho obsah však není a priori stanoven konkrétními standardy a limity. Je ponecháno na členském státu a jeho příslušném orgánu, aby zhodnotil místní podmínky a aplikoval koncept nejlepších dostupných technik. Následně je dán prostor znečišťovateli pro výběr pro něj nejprůhodnějšího technologického postupu, který zajistí dosažení vysoké úrovně ochrany životního prostředí jako celku. IPPC je tak projevem komplexnosti, integrace ochrany životního prostředí, decentralizace a flexibility evropské environmentální právní úpravy²⁹.

Požadavek na plné provedení směrnice IPPC byl výrazně časově dotován, pro nová zařízení měl být integrovaný režim povolování aplikován do tří let, tj. do roku 1999, pro stávající zařízení pak do osmi let ode dne použitelnosti směrnice, tj. do 30. října 2007. Ze sdělení Komise Směrem k lepší politice průmyslových emisí³⁰ však vyplývá, že ani této směrnice se nevyhnul implementační deficit, kterým evropské environmentální právo trpí. Dle zmíněného sdělení³¹ do působnosti směrnice spadalo k předemtnému datu přibližně 52 000 zařízení ve všech členských státech a do poloviny roku 2006 bylo na základě směrnice IPPC povoleno přibližně 50 procent těchto zařízení, což značilo, že v řadě členských států nebude výše uvedený termín dodržen. Přezkumem ze strany Komise bylo také zjištěno nedůsledné uplatňování nejlepších dostupných technik, neboť nedošlo k očekávanému zásadnímu snížení emisí produkovaných zařízeními ve srovnání s mezními hodnotami.

Dříve než bylo přikročeno k celkové revizi směrnice IPPC byla tato podrobena kodifikaci³², spíše nadbytečné, neboť směrnice byla změněna pouze čtyřikrát a pouze dílčím způsobem³³. V době kodifikace navíc již probíhaly ze strany Komise práce na komplexním přezkumu směrnice IPPC (viz výše). Výsledkem bylo navržení nové právní úpravy do podoby směrnice o průmyslových emisích³⁴, která má reflektovat požadavky „better regulation“ – zjednodušení, snížení administrativní zátěže, srozumitelnost a zdokonalení s ohledem na účinnější provádění. Směrnice však na první

²⁹ Srov. Holder J., Lee M. *Environmental Protection, Law and Policy. Text and Materials. Second Edition.* Cambridge: University Press, 2007. Str. 358 - 380.

³⁰ Sdělení Komise. Směrem k lepší politice průmyslových emisí. COM (2007) 843 final

³¹ Ibid

³² Dle důvodové zprávy k návrhu kodifikované směrnice IPPC nelze dosáhnout srozumitelnosti a přístupnosti práva pro řadového občana, dokud zůstanou jednotlivá ustanovení, která byla často několikrát podstatným způsobem změněna, roztroušena jak v původním předpisu, tak v pozdějších novelách, kdy je nutné vynaložit značné úsilí při vyhledávání a porovnávání jednotlivých předpisů, aby bylo možné nalézt právě platná ustanovení.

³³ Srov. Příloha VI Návrhu Směrnice Evropského parlamentu a Rady o integrované prevenci a omezování znečištění COM (2006) 543 in final

³⁴ Směrnice Evropského Parlamentu a Rady 2010/75/EU o průmyslových emisích

pohled ve větší míře spíše kodifikuje sedm směrnic v rámci jednoho právního předpisu, který je strukturován do částí věnovaných bez výraznější provázanosti původním jednotlivým směrnicím a jejich specifikům. Novelizace se tak týká pouze vybraných ustanovení jednotlivých směrnic. Přijatá směrnice, jak je zdůrazňováno³⁵, je široce akceptovaným kompromisem. Evropskému parlamentu se v tomto případě nepodařilo prosadit přísnější environmentální požadavky, zejména stanovení minimálních požadavků na emisní limity nebo rozšíření působnosti směrnice na další spalovací zařízení. Německo k finálnímu textu Rady EU připojilo své prohlášení s výhradou k širokému pojetí ustanovení o odchylce v čl. 15 odst. 4 směrnice z uplatňování konceptu nejlepších dostupných technik³⁶.

V souvislosti s revizí byla Komisi také zvažována možnost využití dodatečných nepřímých tržních nástrojů k omezení emisí SO_x a NO_x, emisního obchodování pro zařízení spadající do působnosti směrnice IPPC. Závěry odborných studií k hodnocení nákladů a přínosů tohoto nástroje však prozatím Komisi nepřesvědčily k přijetí legislativního návrhu v tomto směru.³⁷

Uvedený příklad dále nabízí otázku ohledně přínosu institutu hodnocení dopadů legislativy v případě, kdy je toto hodnocení vztaženo k návrhu právního předpisu, jehož obsah však v důsledku legislativního procesu projde nikoliv „kosmetickými“ úpravami³⁸.

Evropská environmentální politika je jednou z nejprogresivnějších politik v historii Evropských společenství/Evropské unie. Ochrana životního prostředí nelze i přes určité výhrady upřít důležité místo mezi strategickými cíli současné Evropské unie. Proměny evropské environmentální politiky lze shrnout v několika bodech:

- od ad hoc řešení environmentálních problémů ke strategickému integrovanému přístupu;
- od složkového přístupu k ochraně životního prostředí jako celku;
- od tradičních nástrojů „command and control“ k nástrojovému mixu;

³⁵ Srov. Slavík J., Maršák J. Nová směrnice o průmyslových emisích odsouhlasena. EIA – IPPC – SEA. Ministerstvo životního prostředí. 4/2010. Str. 14 - 15.

³⁶ Statement by Germany 15400/10 ADD 1

³⁷ Srov. Slavík J. Možnost emisního obchodování s emisemi oxidů dusíku a oxidů síry v rámci IPPC. EIA – SEA – IPPC. Ministerstvo životního prostředí. 2/2010. Str. 14 – 17.

³⁸ Návrh směrnice COM (2006) 543 in final např. počítal s rozšířením oblasti působnosti směrnice IPPC na další spalovací zařízení, které však Rada odmítla, naopak nepočítal s řadou časových výjimek a posunů pro spalovací zařízení.

- od hmotněprávní regulace k deregulaci, simplifikaci a proceduralizaci evropských environmentálních právních norem.

Cesta správným směrem? Ochranu jak jednotlivých složek životního prostředí, tak životního prostředí jako celku nelze řešit izolovaně. S ohledem na princip trvale udržitelného rozvoje a současnou převažující ekonomickou orientaci společnosti má strategický a integrovaný přístup své opodstatnění. Tradiční nástroje „*command and control*“ mají v případě ochrany životního prostředí jako veřejného statku nezastupitelnou roli, není možné je zcela nahradit jinými, např. ekonomickými, nástroji. Nicméně samy o sobě na evropské úrovni jsou značně limitovány, ať již implementačním deficitem, nedostatečným odůvodněním nákladů či principem subsidiarity. Nástrojový mix postavený na tradičních nástrojích doplněný o nástroje ekonomické, dobrovolné, informační, koncepční umožňuje využití výhod jednotlivých z nich, prosadit sdílenou odpovědnost za životní prostředí jednotlivých subjektů. V uvedených bodech lze téměř jednoznačně konstatovat kroky správným směrem. Hodnocení posledního zmíněného bodu však považujeme za problematické. Zmíněná proměna zahrnuje pozitivní i negativní důsledky pro evropskou environmentální legislativu a politiku ochrany životního prostředí. Deregulace a proceduralizace umožňuje uplatnění takových nástrojů, které odrážejí specifika toho kterého členského státu, ať už jde o specifika právního či přírodního charakteru, více reflektují ekonomické aspekty, nedostávají se do rozporu s principem subsidiarity. Na druhou stranu tato proměna s sebou přináší vágnost právních norem a implementační deficit (který měl být touto proměnou naopak potlačen) v podobě různých podob provedení předmětné právní úpravy a celkového snížení normativního aspektu, aspektu stěžejního pro evropskou environmentální legislativu³⁹. Dokladem uvedeného je výše zmíněná právní úprava integrovaného přístupu k omezování znečištění z vybraných významných zdrojů (činností). I když se jedná (a bude jednat) o právní úpravu charakteristickou svojí flexibilitou, decentralizací, deregulací a důrazem na procedurální stránku, to znamená vlastnostmi, které lze s ohledem na princip subsidiarity u evropské environmentální legislativy očekávat, nelze odhlédnout od jistých nedostatků prezentovaných mj. výhradou Německa. Bohne hovoří o regulační erozi evropské environmentální legislativy⁴⁰, chybí-li konkrétní hmotněprávní regulace v podobě určitého např. minimálního emisního limitu, lze pochybovat, že pouze úprava procesních otázek povede ke kýženému cíli, a jednotnému dosažení vysoké úrovně ochrany životního prostředí v celé Evropské unii.

³⁹ Srov. Bohne E. The Quest for Environmental Regulatory Integration in the European Union. Kluwer Law International, 2006. Str. 558.

⁴⁰ Srov. Bohne E. The Quest for Environmental Regulatory Integration in the European Union. Kluwer Law International, 2006. Str. 566.

Literature:

- Bohne E. The Quest for Environmental Regulatory Integration in the European Union. Kluwer Law International, 2006. 664 s. ISBN 9041120815
- European Commission: Integrating Environmental Considerations into other Policy Areas – a Stocktaking of the Cardiff Process. COM (2004) 394 final.
- European Commission: White Paper on European Governance. COM (2001) 428 final.
- European Commission: Simplifying and improving the regulatory environment COM (2001) 726 final.
- European Commission: 27th Annual Report on Monitoring the Application of EU Law – Situation in Different Sectors. SEC (2010) 1143 final.
- Hjerp, P., Homeyer, I., Pallemarts, M. and Farmer, A. Impact of Better Regulation on EU Environmental Policy under the Sixth Environment Action Programme Report for the Brussels Institute for Environmental Management. IEEP: London, 2010. 74 s.
- Holder, J., Lee, M.: Environmental protection law and policy, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2007. 820 s. ISBN 9780521690263.
- Jordan A (ed.): Environmental Policy in the European Union: Actors, Institutions and Processes. Second edition. London: Earthscan, 2005. 376 s. ISBN 1844071588.
- Orts E. O. Reflexive Environmental Law. In Menell P. S. (ed.). Environmental Law. Aldershot: Ashgate Publishing Company, 2002. 102 s. ISBN 0754621340.
- Scheuer S. EU Environmental Policy Handbook, Brussel, 2005. 333 s. ISBN 9789057270550.

- Slavík J.: Možnost emisního obchodování s emisemi oxidů dusíku a oxidů síry v rámci IPPC. EIA – SEA – IPPC, Ministerstvo životního prostředí. 2/2010. Str. 14 - 17. ISSN 1801-6901.
- Slavík J., Maršák J.: Nová směrnice o průmyslových emisích odsouhlasena. EIA – IPPC – SEA, Ministerstvo životního prostředí. 4/2010. Str. 14, 15. ISSN 1801-6901.

Contact – email

Jana.tkacikova@law.muni.cz; petr.vaculik@ukzuz.cz

ODPOČÚVANIE A ZÁZNAM TELEKOMUNIKAČNEJ PREVÁDZKY A JEHO VYUŽITIE NA ÚČELY ODHAĽOVANIA A DOKAZOVANIA KORUPCIE

MARCELA TÓTHOVÁ

Paneurópska vysoká škola, Fakulta práva, Bratislava, Slovensko

Abstrakt

Predkladaný príspevok sa týka aktuálnej právnej úpravy trestno-procesného inštitútu odpočúvania a záznamu telekomunikačnej prevádzky na účely odhaľovania korupcie. Vychádza z medzinárodného kontextu práv, do ktorých uvedený inštitút zasahuje. Popisuje aktuálnu trestno-procesnú úpravu a reflektuje aj aktuálnu európsku judikatúru s akcentom na judikatúru ESLP.

Kľúčové slová

korupcia, odhaľovanie a dokazovanie korupcie, odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky, právo na súkromie.

Abstract

The article concerns the current and largely legislation of criminal process Institute the interception and recording of telecommunications. Based on the context of international rights, which referred to the Institute extends. Describes current criminal process legislation and reflects current law in the Czech and Slovak republics and points to an important law of the ECHR.

Key words

Corruption, detection and proof of corruption, interception and recording of telecommunications, right to privacy.

1. MOŽNOSTI ODHAĽOVANIA A DOKAZOVANIA KORUPCIE

Korupcia je zaradovaná k tým najzávažnejším druhom kriminality, ktoré sa v súčasnej spoločnosti objavujú. Osobitosti, ktoré vykazuje sa týkajú nie len moderných a sofistikovaných spôsobov páchania a všetkých predchádzajúcich a následných úkonov, ktoré modus operandi zahŕňa, ale taktiež aj korupčného vzťahu, typických kriminalistických stôp, aktuálnej právnej úpravy postihu korupcie u nás a prieniku korupcie ako takej do všetkých oblastí a sfér života spoločnosti. V súvislosti s korupčnou kriminalitou je taktiež potrebné vyzdvihnúť jej vysokú latenciu (skrytosť), na ktorej sa vo svojom súhrne podieľajú všetky vyššie uvedené osobitosti. Tie taktiež odôvodňujú konštatovanie viacerých autorov, že korupciu je v súčasnosti možné považovať za samostatný druh kriminality v štruktúre kriminality celkovej.

Ukazuje sa, že odhaľovanie a dokazovanie tých najzávažnejších druhov kriminality prostredníctvom klasických prostriedkov je len veľmi málo efektívne, málo účinné a v mnohých prípadoch dokonca nemožné. Efektívne a účinné odhaľovanie a dokazovanie najzávažnejších druhov kriminality, ku ktorým korupčná kriminalita nepochybne patrí, si v súčasnosti už ani nie je možné predstaviť bez využitia špecifických, ofenzívnych prostriedkov. Ide o prostriedky, ktoré umožňujú získavať informácie, ktoré sú dôležité pre trestné konanie. Predovšetkým ide o prostriedky informačno-technické. Na účely trestného konania sa za informačno-technické prostriedky podľa ustanovenia § 10 ods. 20 Trestného poriadku (zákon č. 301/2005 Z.z. v znení neskorších právnych predpisov, ďalej len „TP“) považujú elektrotechnické, rádiotechnické, fototechnické, optické, mechanické, chemické a iné technické prostriedky a zariadenia alebo ich súbory použité utajovaným spôsobom pri odpočúvaní a zázname prevádzky v elektronických komunikačných sieťach, obrazových, zvukových alebo obrazovo-zvukových záznamov alebo pri vyhľadávaní, otváraní a skúmaní zásielok, ak sa ich použitím zasahuje do základných ľudských práv a slobôd.

Trestno-procesné prostriedky, ktoré smerujú k získavaniu informácií, ktoré sú dôležité pre trestné konanie sú charakteristické tým, že sa vykonávajú utajeným spôsobom a zároveň tým, že výrazným spôsobom zasahujú do základných ľudských práv, ktoré sú garantované nie len ústavnoprávne, ale taktiež aj na nadnárodnej úrovni vo viacerých dôležitých dokumentoch. Práve z toho dôvodu musia byť možnosti ich využitia podrobne a striktné upravené právnymi predpismi so silou zákona. Pre získavanie informácií prostredníctvom týchto prostriedkov platí podľa Ivora niekoľko zásad, s ktorých možno spomenúť tieto¹:

- informácie sa získavajú prostredníctvom špeciálnej techniky, ktorá je konštrukčne vybavená na tento účel,
- použitie, resp. využitie týchto prostriedkov v trestnom konaní (schvaľovanie, kontrolný mechanizmus, praktická realizácia) podlieha osobitnému a prísnemu režimu, ktorý je upravený zákonnou úpravou,
- prostriedky sa využívajú utajovaným spôsobom,
- spracúvanie získaných informácií, ich evidencia, dokumentácia, ukladanie a vyradovanie podliehajú taktiež zákonnej úprave.

Vzhľadom na svoju povahu, osobitosti ich realizácie a predovšetkým vzhľadom na veľmi intenzívny stret s vybranými základnými ľudskými právami ide o inštitúty, ktoré sú veľmi často predmetom živých diskusií. Ich

¹ Ivor, J.: Monitorovanie osôb ako dôkazný prostriedok v trestnom konaní. In Karlovarská právni revue č. 4/2007, s. 1 a nasl.

právna úprava, limity i garancie sú, prirodzene, v európskych štátoch rôzne. Veľmi zaujímavá vo vzťahu k týmto prostriedkom je judikatúra európskych súdov (predovšetkým ESLP) a to práve v súvislosti s vyššie už spomenutým citelným zásahom týchto prostriedkov do základných ľudských práv. Aj v judikatúre je však viditeľný určitý postupný vývoj, ktorý je však taktiež možné interpretovať rôzne.

2. ODPOČÚVANIE A ZÁZNAM TELEKOMUNIKAČNEJ PREVÁDZKY A STRET S PRÁVOM NA SÚKROMIE

Jedným z informačno-technických prostriedkov a zároveň prostriedkov, ktoré smerujú k získavaniu informácií dôležitých pre trestné konanie je práve odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky.

Ide o jeden z prostriedkov umožňujúcich efektívne a účinné odhaľovanie a taktiež aj dokazovanie korupcie, ktorý však výrazným a citelným spôsobom zasahuje do základných ľudských práv a slobôd, predovšetkým do práva na súkromie. V tejto súvislosti je potrebné zdôrazniť, že Slovenská republika je právnym a demokratickým štátom, v ktorom sa garantujú a uplatňujú základné ľudské práva, ktoré sú zároveň aj právne vymožiteľné. Právo na súkromie je ústavnoprávne garantované v čl. 16 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky (zákon č. 460/1992 Zb. v znení neskorších právnych predpisov, ďalej len „Ústava SR“), podľa ktorého sa zaručuje nedotknuteľnosť osoby a jej súkromia. Obmedzenie týchto práv je možné len v prípadoch, ktoré stanovujú právne predpisy so silou zákona. Z pohľadu trestného práva samozrejme platí, že zásahy do základných ľudských práv, v tomto prípade do práva na súkromie, sú možné len v takej miere, ktorá je nevyhnutná na účely odhaľovania a dokazovania konkrétneho trestného činu. Navyše, orgány činné v trestnom konaní ako aj súdy sú povinné veľmi dôsledne rešpektovať zásadu primeranosti a zdržanlivosti, podľa ktorej môžu do základných ľudských práv osôb zúčastnených na procesnom úkone zasahovať len v miere, ktorá je nevyhnutná na dosiahnutie účelu úkonu a vždy sú povinné rešpektovať základné ľudské práva a slobody, česť a dôstojnosť osôb, s ktorými prichádzajú do kontaktu.

Právo na súkromie je však potrebné vnímať aj v kontexte čl. 8 ods. 1 a 2 Dohovoru o ochrane ľudských práv a slobôd (ďalej len „Dohovor“) a judikatúry, ktorú vo vzťahu k tejto úprave vydal ESLP, ktorý dozoruje dodržiavanie práv vyplývajúcich z Dohovoru. Podľa odseku 1 má každý právo na rešpektovanie svojho súkromného a rodinného života, obydľia a tiež korešpondencie. V odseku 2 je stanovený zákaz štátnych orgánov zasahovať do tohto práva s výnimkou prípadov, ak je takýto zásah v súlade so zákonom a je nevyhnutný v demokratickej spoločnosti v záujme národnej bezpečnosti, verejnej bezpečnosti, hospodárskeho blahobytu krajiny, predchádzania nepokojom alebo zločinnosti, ochrany zdravia alebo morálky alebo ak je to potrebné na ochranu práv a slobôd iných. V podstate teda platí, že prvý odsek je vyjadrením garancie práva na súkromie a druhý

predstavuje zákaz pre štátne orgány zasahovať do tohto práva s výnimkou prípadov, ktoré spĺňajú uvedené požiadavky. Ide teda o absolútny zákaz svojvoľného zasahovania do práva na súkromie. Vo vzťahu k obom odsekom je však veľmi zaujímavá judikatúra ESLP a vývoj, ktorý je v nej viditeľný.

Vo svojej judikatúre ESLP postupne upúšťal od veľmi prísneho a striktného výkladu, že štátne orgány nesmú do práva na súkromie zasahovať a postupne sa prikláňal k legálnosti zásahov do tohto práva za splnenia podmienky, že právne úpravy stanovujú podrobné a presné rámce, ako aj limity týchto zásahov. V roku 1968 judikoval ESLP v prípade „Belgický jazykový zákon“², že štátny orgán nesmie za žiadnych okolností a v žiadnom prípade zasahovať do práva na súkromie. O desať rokov na to (v roku 1978) však priamo v súvislosti s odpočúvaním a záznamom telekomunikačnej prevádzky v prípade *Klass vs. Nemecko*³ judikoval, že zásah štátneho orgánu do práva na súkromie je síce možný, avšak v každom prípade musia byť splnené podmienky, ktoré sa uvádzajú v čl. 8 ods. 2 Dohovoru. Zmenu svojho postoja odôvodnil technickým pokrokom v oblasti špiónážnej techniky a rozvojom terorizmu v Európe. Demokratické a právne štáty sú týmito javmi značne ohrozené a tak na účely sledovania podozrivých osôb môžu využívať aj prostriedky tajného dohľadu. Výslovne tak pripustil existenciu vnútroštátnej úpravy dohľadu nad telekomunikáciami, ak je to potrebné v záujme národnej bezpečnosti a predchádzania nepokojom a zločinnosti (teda pripustil možnosť dohľadu vo výnimočných prípadoch). V tejto súvislosti judikoval tiež, že pojem „nevyhnutný“, ktorý je obsiahnutý v odseku 2 sa viaže výhradne na existenciu naliehavej spoločenskej potreby tohto zásahu a nie je natoľko flexibilný, že by ho bolo možné považovať za synonymum výrazov užitočný, primeraný, žiaduci. Podľa názoru súdu prostriedky tajného dohľadu nad občanmi sú nástrojom policajného a nie demokratického a právneho štátu. Ich využitie v demokratickom a právnom štáte je možné skutočne veľmi obmedzene, v prípadoch, ak sú striktne nevyhnutné na ochranu demokratických inštitúcií. Tiež však uviedol, že právne úpravy, v ktorých existuje takýto tajný dohľad musia tiež poskytovať primerané garancie a záruky ochrany pred zneužitím. Kritériá, na základe ktorých možno tieto záruky posudzovať sa líšia v závislosti od prípadu a sú relatívne. Do úvahy je možné vziať tieto hodnotiace kritériá:

- podstatu, rozsah a trvanie prostriedkov tajného dohľadu,
- právny základ pre vydanie povolenia na použitie prostriedku tajného dohľadu,

² Rozsudok ESLP zo 23. júla 1968 vo veci „Belgický jazykový zákon“

³ Rozsudok ESLP zo 06. septembra 1978 vo veci *Klass a ostatní vs. Nemecko*

- typ štátneho orgánu, ktorý je oprávnený vydať povolenie na využitie takéhoto prostriedku a kontrola využívania takéhoto prostriedku,
- forma opravných prostriedkov, ktoré sú poskytované na účely preskúmania rozhodnutia, ktorým sa povolil uvedený prostriedok.

Práve v súvislosti s takto naformulovanými kritériami ESLP v tomto prípade skonštatoval, že nemecká právna úprava neposkytuje dostatočné garancie a limity zásahov do práva na súkromie a ani záruky pred zneužitím nástrojov dohľadu nad telekomunikáciami.

K rovnakému názoru o nedostatočnej právnej úprave pritom ESLP dospel aj v prípade *Malone vs. Veľká Británia*⁴, ktorý sa týkal odpočúvania a zaznamenávania údajov o uskutočnenej telekomunikačnej prevádzke. V ňom v podstate ESLP potvrdil svoj názor vyjadrený v prípade *Klass a ostatní vs. Nemecko*. Súd dospel k záveru, že britský zákon, ktorý upravuje odpočúvanie telefónu je až nadmieru vágny na to, aby spĺňal požiadavku formulácie "v súlade so zákonom". Podľa názoru ESLP by bolo v rozpore s ideou právneho štátu, ak by neexistovali hranice oprávnenia na možnosť voľnej úvahy výkonnej moci. Preto zákon musí definovať rámec voľnej úvahy ako aj spôsob výkonu konkrétnejšie tak, aby jednotlivcovi zároveň poskytoval dostatočnú ochranu.

Odpočúvanie a zaznamenávanie telekomunikačnej prevádzky a iné takéto formy sledovania telefonických rozhovorov veľmi vážne zasahujú do práva na súkromie a na korešpondenciu. Ak má vnútroštátna úprava umožňovať takýto vážny zásah do práva na súkromie, musí zároveň jednotlivcovi poskytovať dostatočnú ochranu pred svojvoľným zasahovaním do tohto práva a pred zneužitím takýchto zásahov tak, aby každému boli garantované práva podľa Dohovoru. Ustanovenia vnútroštátnych predpisov, ktoré takúto možnosť poskytujú preto musia byť jasné, presné z hľadiska rámca, limitov a tiež musia obsahovať primerané garancie ochrany. K takémuto názoru dospel ESLP v súvislosti s odpočúvaním a zaznamenávaním telekomunikačnej prevádzky hovorov v prípade *Kopp vs. Švajčiarsko*.⁵

V zmysle vyššie uvedeného možno uviesť, že slovenská trestno-procesná úprava odpočúvania a záznamu telekomunikačnej prevádzky je dostatočne konkrétna, je jasná, presná a podrobne vymedzuje podmienky, možnosti a limity využitia tohto inštitútu.

⁴ Rozsudok ESLP z roku 1984 ve veci *Malone vs. Spojené kráľovství*

⁵ Rozsudok ESLP zo dňa 25.03. 1998 vo veci *Kopp vs. Švajčiarsko*, § 64, § 72 a § 75

3. AKTUÁLNA PRÁVNÁ ÚPRAVA ODPOČÚVANIA A ZÁZNAMU TELEKOMUNIKAČNEJ PREVÁDZKY

Právna úprava inštitútu odpočúvania a záznamu telekomunikačnej prevádzky bola do nášho právneho poriadku zavedená v roku 1990 zákonom č. 178/1990 Zb., ktorý novelizoval vtedajší Trestný poriadok (zákon č. 141/1961 Zb. v znení neskorších právnych predpisov, ďalej len „TrP“). Do účinnosti tohto zákona v našom právnom poriadku absentovala akákoľvek zákonná úprava možnosti využitia operatívnej techniky, ktorou sa zasahuje do významných a nadnárodne garantovaných ľudských práv a slobôd. Samozrejme, spravodajské aj bezpečnostné zložky využívali inštitúty odpočúvania telekomunikačnej prevádzky a vyhotovovania obrazových či zvukových záznamov, avšak ich podkladom boli utajované interné (podzákonné) právne normy. Informácie, ktoré takto boli získané však nemohli byť použité ako dôkaz v trestnom konaní, ale slúžili výhradne na operatívne účely príslušných orgánov.

Táto situácia sa zmenila teda až v roku 1990 s účinnosťou vyššie spomenutého zákona, ktorý do ustanovenia § 88 TrP inkorporoval inštitút odpočúvania telefónnych hovorov. Tento inštitút bolo možné využiť až po začatí trestného stíhania a len pre obzvlášť závažné úmyselné trestné činy. Tejto právnej úpravy odpočúvania sa následne dotkla až novela TrP č. 366/2000 Z.z., na základe ktorej sa podstatne rozšíril okruh trestných činov, vo vzťahu ku ktorým bolo možné tento inštitút nariadiť. Nariadenie odpočúvania sa však zverilo výhradne súdu a to aj v prípravnom konaní, takže prokurátor stratil jedno zo svojich významných oprávnení, teda oprávnenie vydávať príkazy na odpočúvanie.

Následne na to, v roku 2002 a 2003, boli prijaté zákony č. 422/2002 Z.z. a č. 458/2003 Z.z., ktoré taktiež novelizovali TrP. Vďaka nim sa výrazne sprísnila možnosť poskytovania údajov o uskutočnenej telekomunikačnej prevádzke, ktoré sú predmetom telekomunikačného tajomstva, alebo predmetom ochrany osobných údajov. Na takéto poskytnutie sa na základe nich povinne vyžadoval súhlas súdu. Prvým zo spomenutých zákonov, zákonom č. 422/2002 Z.z. sa do nášho právneho poriadku taktiež zaviedol nový inštitút, ktorým sa výrazne zasahuje do základných ľudských práv a slobôd a to inštitút vyhotovovania obrazových, zvukových a obrazovo-zvukových záznamov (§ 88e TrP). Ide o inštitút, ktorý taktiež slúži na získavanie informácií dôležitých pre trestné konanie a jeho realizácia sa zabezpečuje prostredníctvom použitia informačno-technických prostriedkov.

Táto právna úprava bola pritom prebratá aj do rekodifikovaného TP, pričom sa prirodzene zmenilo systematické začlenenie týchto inštitútov. Inštitút vyhotovovania a obrazových, zvukových a obrazovo-zvukových záznamov (tzv. veľký odposluch) je zaradený do ustanovenia § 114 TP a inštitút odpočúvania a záznamu telekomunikačnej prevádzky (tzv. malý odposluch)

je zaradený do ustanovení § 115 a § 116 TP. V oboch prípadoch ide o inštitúty slúžiace na získavanie dôležitých informácií v trestnom konaní, o inštitúty vykonávané utajovaným spôsobom a s pomocou informačno-technických prostriedkov a zariadení. Ide pritom o inštitúty, ktoré najvýraznejšie zasahujú do základných ľudských práv, predovšetkým do práva na súkromie a do osobnostných práv. Rekodifikovaná právna úprava vo vzťahu k nim precizovala okruh trestných činov, pri ktorých je možné ich využitie nariadiť a taktiež precizovala aj ich schvaľovací a kontrolný mechanizmus.

Právna úprava odpočúvania a záznamu telekomunikačnej prevádzky je teda obsiahnutá v ustanoveniach § 115 a § 116 TP, v ktorých sú postupne upravené možnosti využitia tohto inštitútu, podmienky pre vydanie príkazu a okruh subjektov, ktoré sú oprávnené na vydanie príkazu a taktiež aj možnosti využitia informácií, ktoré sú takýmto spôsobom získané, ak sú dôležité pre trestné konanie.

„Odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky je trestno-procesný inštitút umožňujúci zaznamenávať telefónne hovory a iné skutočnosti oznamované prostredníctvom elektronickej komunikačnej siete, ak sú svojim obsahom významné pre trestné konanie.“⁶ Ide predovšetkým o prenos informácií prostredníctvom faxov, telefónov, mobilných telefónov, sms správ, vysielačiek a taktiež aj o prenos informácií elektronickou poštou.

Trestno-procesná úprava v ustanovení § 115 ods. 1 TP presne a jednoznačne vymedzila trestné činy a ďalšie podmienky, pri splnení ktorých je možné vydať príkaz na odpočúvanie. V žiadnom inom prípade teda príkaz na odpočúvanie byť vydaný nemôže. Príkaz na odpočúvanie a zaznamenávanie telekomunikačnej prevádzky je možné vydať:

- v trestnom konaní o zločine, o korupčných trestných činoch, o trestnom čine zneužívania právomoci verejného činiteľa a legalizácie príjmov z trestnej činnosti ako aj pre iný úmyselný trestný čin, na konanie o ktorom zaväzuje Slovenskú republiku medzinárodná zmluva, ak možno dôvodne predpokladať, že takto budú zistené skutočnosti významné pre trestné konanie alebo
- v trestnom konaní aj pre iný úmyselný trestný čin, ale v tomto prípade výhradne so súhlasom užívateľa odpočúvaného alebo zaznamenávaného telekomunikačného zariadenia.

Dôsledne sa taktiež upravil okruh subjektov, ktoré sú oprávnené vydať príkaz na odpočúvanie v jednotlivých štádiách trestného konania. V prípravnom konaní a tiež v postupe pred začatím trestného stíhania príkaz

⁶ Ivor., J. a kol.: Trestné právo procesné. Druhé, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: IURA EDITION, 2010, s. 403

na jeho využitie vydáva sudca pre prípravné konanie. Predovšetkým v postupe pred začatím trestného stíhania predstavuje odpočúvanie veľmi významný inštitút preverovania, na základe ktorého je možné získať poznatky, ktoré zamerajú ďalší postup a ďalšiu činnosť príslušných orgánov. Ak by vec nezniesla odklad a príkaz sa nedal získať od sudcu pre prípravné konanie vopred, môže odpočúvanie v určitých prípadoch povoliť aj prokurátor, avšak takéto odpočúvanie sa nesmie spájať so vstupom do obydli. Takýto príkaz prokurátora však musí byť do 24 hodín od jeho vydania potvrdený sudcom pre prípravné konanie, inak stráca platnosť a informácie, ktoré by sa na základe neho už získali, nie je možné v trestnom konaní použiť a musia byť predpísaným spôsobom zničené. V konaní pred súdom je na vydanie príkazu oprávnený výhradne predseda senátu. Príkaz musí byť v každom prípade písomný a odôvodnený pre každú účastnícku linku alebo zariadenie osobitne, samostatne. Okrem toho musí byť v príkaze uvedená aj dĺžka obdobia, počas ktorého sa bude odpočúvanie a zaznamenávanie uskutočňovať. Platí, že odpočúvanie a zaznamenávanie je možné povoliť maximálne na 6 mesiacov, avšak s možnosťou predĺženia o 2 mesiace a to aj opakovane. O predĺžení rozhoduje vždy ten subjekt, ktorý príkaz na odpočúvanie a zaznamenávanie vydal. Pritom tiež platí, že orgány, ktoré realizujú odpočúvanie sú aj počas trvania príkazu povinné skúmať, či aj naďalej trvajú dôvody odpočúvania. Ak by zistili, že tieto dôvody už pominuli, ukončia odpočúvanie a zaznamenávanie a to aj počas trvania príkazu a túto skutočnosť povinne oznámia subjektu, ktorý vydal príkaz na využitie tohto inštitútu a v prípravnom konaní aj prokurátorovi.

Odpočúvanie a zaznamenávanie telekomunikačnej prevádzky vykonáva utajeným spôsobom príslušný útvar Policajného zboru a to za použitia technických prostriedkov a zariadení, ktoré umožňujú takéto odpočúvanie a zaznamenávanie.

Odpočúvanie a zaznamenávanie telekomunikačnej prevádzky sa realizuje s cieľom zistiť informácie, ktoré sú dôležité pre trestné konanie. Ak by sa zistilo, že odpočúvaná a zaznamenávaná je (alebo bola) komunikácia obhajcu s obvineným, takýto záznam nemožno v trestnom konaní použiť a musí byť predpísaným spôsobom zničený. To neplatí, aby obhajca s obvineným komunikoval o veciach, v ktorých obvineného obhajca nezastupuje.

Informácie, ktoré sú získané použitím inštitútu odpočúvania a zaznamenávania telekomunikačnej prevádzky majú v trestnom konaní povahu dôkazu. Ak sa teda týmto spôsobom zistia informácie dôležité pre trestné konanie, ktoré majú byť použité ako dôkaz, musí sa k nim vyhotoviť aj doslovný prepis záznamu (ak to povaha záznamu umožňuje). Tento prepis vyhotovuje príslušník Policajného zboru vykonávajúci odpočúvanie, pričom musí uviesť aj údaje o legálnosti použitia odpočúvania – teda údaje o mieste, čase a príkaze na odpočúvanie a zaznamenávanie. Tento prepis sa následne zakladá do spisu a už sa neutajuje. Platí pritom pravidlo, že

záznam je možné ako dôkaz v trestnom konaní použiť až po tom, čo je odpočúvanie a zaznamenávanie telekomunikačnej prevádzky ukončené. Taktiež platí, že takéto informácie môžu byť použité ako dôkaz dokonca aj v inom trestnom konaní, avšak výhradne za splnenia podmienky, že ide o trestné konanie pre taký trestný čin, pre ktorý je možné odpočúvanie a zaznamenávanie telekomunikačnej prevádzky nariadiť.

Ak by to odôvodňovali okolnosti prípadu a záznam telekomunikačnej prevádzky by bol dostatočne zrozumiteľný, môže sa v prípravnom konaní predložiť záznam aj bez prepisu, ak je zo sprievodnej správy jasné miesto, dátum a čas odpočúvania, jeho legálnosť a tiež osoby, ktorých sa tento záznam týka.

Ak by sa odpočúvaním nezistili žiadne údaje, ktoré by boli dôležité pre trestné konanie, záznam musí byť orgánom činným v trestnom konaní alebo príslušníkom Policajného zboru predpísaným spôsobom zničený. Zápisnica o tomto zničení sa zakladá do spisu, pričom o zničení zánamu je potrebné informovať aj dotknutú osobu, ktorá nemá právo nazerať do spisov. Upovedomenie vykoná orgán, ktorého rozhodnutím sa vec právoplatne skončila a v konaní pred súdom predseda senátu súdu 1. stupňa do 3 rokov od právoplatného skončenia trestného stíhania v danej veci. Toto pravidlo neplatí ak sa koná o obzvlášť závažnom zločine alebo zločine spáchanom organizovanou, zločineckou alebo teroristickou skupinou, alebo ak sa na trestnom čine podieľalo viac osôb a vo vzťahu aspoň k jednej z nich nebolo trestné stíhanie právoplatne skončené, alebo ak by poskytnutím takejto informácie mohol byť zmarený účel trestného konania.

Na základe ustanovenia § 116 TP je možné vydať príkaz na zistenie a oznámenie údajov o už uskutočnenej telekomunikačnej prevádzke, ktoré tvoria predmet telekomunikačného tajomstva (podľa zákona č. 610/2003 Z.z. o elektronických komunikáciách v znení neskorších právnych predpisov), alebo na ktoré sa vzťahuje ochrana osobných údajov. Ich zistenie a oznámenie sa týka prípadov, ak sú tieto údaje potrebné pre objasnenie skutočností, ktoré sú dôležité pre trestné konanie. Spravidla ide o záznamy obsahujúce identifikačné a účastnícke čísla mobilných telefónov, označenie základnej aj prijímajúcej stanice, moment spojenia, dĺžka trvania hovoru, moment ukončenia a podobne. Príkaz vydáva v konaní pred súdom predseda senátu a v prípravnom konaní sudca pre prípravné konanie. Príkaz sa doručuje fyzickej osobe alebo právnickej osobe, ktorá telekomunikačnú prevádzku zabezpečuje zároveň s výzvou na oznámenie takýchto údajov. Platí, že fyzická aj právnická osoba je pritom povinná požadované údaje poskytnúť a nemôže sa v tomto prípade odvolávať na ochranu osobných údajov a ani na telekomunikačné tajomstvo.

4. ZÁVER

Trestno-procesný inštitút odpočúvania a zaznamenávania telekomunikačnej prevádzky predstavuje jeden z nových, ofenzívnych inštitútov, ktorý sa

využíva na účely efektívneho a účinného odhaľovania a dokazovania korupčných trestných činov. Jeho dôkazný význam spočíva predovšetkým v tom, že informácie, ktoré sú legálnym využitím tohto inštitútu získané majú v trestnom konaní povahu dôkazu. V každom prípade ide o veľmi dôležitý inštitút, ktorého využitie je viazané na splnenie prísnych a striktných trestno-procesných podmienok obsiahnutých v ustanovenia § 115 a 116 TP. Práve prostredníctvom nich sa vytvárajú presné limity a hranice využitia odpočúvania, nad rámec ktorých by sme mohli uvažovať o nezákonnom zásahu štátnych orgánov do práva na súkromie.

Literatúra:

- Ivor., J. a kol.: Trestné právo procesné. Druhé, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: IURA EDITION, 2010.
- Ivor, J.: Monitorovanie osôb ako dôkazný prostriedok v trestnom konaní. In Karlovarská právni revue č. 4/2007, s. 1 – 5.
- Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd (Rada Európy)
- Ústava Slovenskej republiky (zákon č. 460/1992 Zb. v znení neskorších právnych predpisov)
- Trestný poriadok (zákon č. 301/2005 Z.z. v znení neskorších právnych predpisov)
- Trestný poriadok (zákon č. 141/1961 Zb. v znení neskorších právnych predpisov)
- Rozsudok ESLP z 23. júla 1968 vo veci „Belgický jazykový zákon“
- Rozsudok ESLP zo 06. septembra 1978 vo veci Klass a ostatní vs. Nemecko
- Rozsudok ESLP z roku 1984 vo veci Malone vs. Spojené kráľovstvo
- Rozsudok ESLP z 25. marca 1998 vo veci Kopp a ostatní vs. Švajčiarsko

Contact – email

marcela.tothova26@gmail.com

REVIZE NAŘÍZENÍ BRUSEL I - OTÁZKY NAD ÚPRAVOU PROROGACE A LITISPENDENCE

SIMONA TRÁVNÍČKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Připravovaná revize nařízení Brusel I se mimo jiné týká i možnosti volby soudu, který bude spor rozhodovat, a úpravy litispendence v případech, kdy byl zvolen soud. Navrhované změny se týkají především tří okruhů: zaprvé se jedná o reakci na tzv. italské torpédo (rozhodování soudů o své pravomoci v případě zahájení řízení jak u soudu prorogovaného, tak u soudu jinak místně příslušného), zadruhé se týká otázky prorogace soudů v případě, kdy ani jeden ze subjektů není domicilován na území členského státu Evropské unie a zatřetí jde o úpravu kolizního režimu prorogační dohody. Předkládaný článek komentuje zamýšlené změny v této oblasti.

Key words in original language

Revize nařízení Brusel I; prorogace; litispendence.

Abstract

Brussels I Review deals with possibility to choose a court that will decide disputes and lis pendens in case of choice of existing court agreement. The proposed changes concern three areas: reaction on “torpedo actions” (decision about the court jurisdiction in case of starting the case in front of a Court different from the one agreed upon by the parties, apparently without jurisdiction) prorogation of some of EU courts by parties not domiciled in some Member State, and conflict rule for choice of court agreement. The paper comments proposed changes in these areas.

Key words

Brussels I Review; prorogation, lis pendens.

1. ÚVOD

Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000, o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (známé jako nařízení Brusel I) v současné době prochází revizí, která má za cíl reagovat na zkušenosti, které vzešly z osmi let jeho používání¹. Revize

¹ Souhrnně byly tyto zkušenosti sepsány ve zprávě Komise podle čl. 28 preambule nařízení Brusel I. Více viz Zpráva Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o uplatňování nařízení Rady (ES) č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, KOM(2009) 174, ze dne 21. 4. 2009.

nařízení Brusel I se mimo jiné týká i volby soudu, který bude spor rozhodovat, a úpravy litispendence v případech, kdy byl zvolen soud. V této oblasti se navrhované změny týkají především tří okruhů: zaprvé se jedná o reakci na tzv. italské torpédo (rozhodování soudů o své pravomoci v případě zahájení řízení jak u soudu prorogovaného, tak u soudu jinak místně příslušného), zadruhé se týká otázky prorogace soudů v případě, kdy ani jeden ze subjektů není domicilován na území členského státu Evropské unie a zatřetí jde o úpravu kolizního režimu prorogační dohody. Předkládaný článek stručně představuje tyto tři navrhované změny, které revize nařízení Brusel I přináší, a vyjadřuje se k jejich možným dopadům.

2. REAKCE NA TZV. „ITALSKÉ TORPÉDO“

Italské torpédo je pojem vzniklý v souvislosti s případem Gasser, který rozhodoval Evropský soudní dvůr² (dnes již Soudní dvůr Evropské unie). Jde o označení pro situaci, kdy je řízení v jednom sporu zahájeno nejprve u jednoho soudu a poté u prorogovaného soudu. ESD v této věci judikoval, že v takovém případě musí zvolený soud řízení přerušit do doby, než o své pravomoci rozhodne soud, u něhož byla žaloba podána jako první. To platí i v situaci, kdy je žaloba záměrně podána u soudu jiného než prorogovaného státu za tím účelem, aby se řízení kvůli dlouhým lhůtám na rozhodnutí ve věci v daném státě nepřiměřeně protahovalo. Tento závěr byl podroben značné kritice ze strany odborné veřejnosti, jelikož zbytečně prodlužuje soudní řízení.³

V dopadové studii k návrhu revize nařízení⁴ jsou analyzovány problémy, které současné znění přináší. Jedním z nich je právě fakt, že efektivita prorogačních dohod je ohrožována podáváním zdržovacích žalob. Prorogační dohoda je v současné době hojně využívaným instrumentem. Dopadová studie mimo jiné uvádí, že prorogační doložku používá kolem 70 % evropských společností v jejich smlouvách.⁵ Podle studie je velmi obtížné určit reálné riziko zneužívání stávajícího stavu. Podle v ní uvedeného průzkumu 7,7 % dotázaných evropských společností odpovědělo, že v minulých pěti letech se jejich smluvní partner nepodrobil prorogační doložce a zažaloval u jiného soudu.⁶ Skoro polovina z nich čelila tomuto problému více než dvakrát. V 5,7 % případů byla prorogační doložka

² Rozsudek ESD ve věci Gasser, C-116/2002.

³ Srov. MAGNUS, U., MANKOWSKI, P., CARAVACA, A. L. C. Brussels I Regulation. 2007, Sellier. European law publisher. S. 495.

⁴ Commission staff working paper. Impact assessment, accompanying dokument to the Proposal for Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast). COM(2010) 748 final; SEC(2010) 1548 final; 14.12.2010. Dále jako „dopadová studie“.

⁵ Dopadová studie, s. 32.

⁶ Dopadová studie, s. 30.

shledána neplatnou. Dopadová studie shrnuje, že se zneužívajícími taktikami se setkalo něco mezi 2 a 7,7 % společností. Návrh revize nařízení chce proto zabránit podávání taktických preventivních žalob ve státě, který není příslušný.

Litispenci v současné době upravuje čl. 27 odst. 1 nařízení Brusel I následovně: „Je-li u soudů různých členských států zahájeno řízení v téže věci mezi týmiž stranami, přeruší soud, u něhož bylo řízení zahájeno později, bez návrhu řízení až do doby, než se určí příslušnost soudu, který řízení zahájil jako první.“

V Zelené knize⁷ o posouzení nařízení Brusel I byla vznesena otázka, jakým způsobem zvýšit dohodu o efektivnosti dohod o volbě soudu na území Společenství, a to právě s ohledem na judikát ESD ve věci Gasser. V Zelené knize bylo navrženo několik řešení, která na italské torpédo reagují [prorogovaný soud nemusí pozastavit řízení na základě pravidla litispence; zvrácení pravidla určující přednost v případech, kdy existuje dohoda o výlučné soudní příslušnosti; zachovat stávající pravidlo litispence, lze si však zároveň představit přímou komunikaci a spolupráci mezi soudy, v kombinaci například s časovou lhůtou, v níž by první ze soudů musel rozhodnout o příslušnosti, a s povinností pravidelně podávat zprávy o postupu řízení druhému soudu; budou přiznávány náhrady škody za porušení takovýchto dohod, které vzniknou například ze zpoždění nebo uplatnění ustanovení o neplacení ve smlouvách o nájmu; zrušit uplatňování pravidla litispence v situacích, kdy souběžná soudní řízení jsou řízeními ve věci samé v jednom případě a o (záporné) určovací žalobě v případě druhém či předepsáním standardního ustanovení o volbě soudu, které by zároveň urychlilo rozhodnutí soudu o otázce příslušnosti].

Ze všech navrhovaných možností byla dána přednost řešení, v němž zvolený soud jako první rozhoduje o své příslušnosti, bez ohledu na to, zda zahájil řízení jako první či nikoli. Jakýkoli další soud musí přerušit své řízení do doby, než zvolený soud založí svou příslušnost. Podle důvodové zprávy k návrhu „tato změna zvýší účinnost dohod o volbě soudu a nebude vyzývat k zneužívání možnosti zahajovat řízení i u nepřislušných soudů.“

V článku 29 návrhu revize nařízení Brusel I je obdobně jako v současné úpravě litispence uvedeno: „Aniž je dotčeno ustanovení čl. 32 odst. 2, je-li u soudů různých členských států zahájeno řízení v téže věci mezi týmiž stranami, přeruší soud, u něhož bylo řízení zahájeno později, bez návrhu řízení až do doby, než se určí příslušnost soudu, který řízení zahájil jako první.“ Úprava litispence v případech, kdy není zvolen soud, se tedy nemění. Litispenci ve vztahu k prorogační doložce upravuje speciálně čl.

⁷ Zelená kniha o posouzení nařízení Rady (ES) č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. KOM(2009) 175, s. 4-5.

32 odst. 2 návrhu revize nařízení Brusel I: „Svěřuje-li dohoda uvedená v článku 23, s výjimkou smluv, na něž se uplatní oddíly 3, 4 a 5 této kapitoly, výlučnou příslušnost soudu nebo soudům jednoho členského státu, soudy jiného členského státu nejsou příslušné k řízení, dokud soud nebo soudy uvedené v této smlouvě rozhodnou o své nepříslušnosti.“⁸

Z textu revize přímo nevyplývá, že by ostatní soudy, u nichž bylo řízení zahájeno, byly povinny řízení přerušit do doby rozhodnutí prorogovaného soudu. Ale vzhledem k tomu, že jiný než prorogovaný soud není příslušný k řízení do doby, než prorogovaný soud rozhodne, k přerušení řízení u ostatních soudů, pokud bylo řízení u jiných soudů zahájeno, bude muset fakticky dojít.

Otázkou, která zůstává, ovšem je, zda zvolené řešení pouze nepovede ke zneužívání pravidel o příslušnosti soudů jiným způsobem, než je tomu v současné době. V případě dosavadní praxe bylo zneužívání postaveno na tom, že strany žalovaly jako první u soudu, který nebyl zvolen. Zvolený soud, u něhož bylo zahájeno řízení později, musel vyčkat do rozhodnutí o příslušnosti soudu, u něhož bylo řízení zahájeno jako první. V případě snahy o obejítí nově navrženého řešení mohou strany zažalovat u soudu státu, o němž budou tvrdit, že jeho příslušnost byla založena prorogací (bez ohledu na to, zda ve skutečnosti prorogační dohoda existovala či nikoli). V takovém případě dojde k přerušení řízení u soudu jinak příslušného, jelikož byl podán návrh u soudu tvrzeně prorogovaného.

Pro omezení této opačné zneužívací taktiky je v návrhu nařízení Brusel I zavedena lhůta 6 měsíců pro rozhodnutí soudu, u něhož bylo řízení zahájeno jako první, o své příslušnosti (pokud toto rozhodnutí neznemožňují výjimečné okolnosti). Současně je zde stanovena povinnost soudu, u něhož bylo řízení zahájeno jako první, aby poskytl na žádost jakéhokoli jiného soudu, u něhož bylo zahájeno řízení v téže věci, informace o tom, kdy bylo řízení zahájeno, zda již rozhodl o své příslušnosti, a pokud tomu tak není, kdy lze předpokládat, že o ní rozhodne (článek 29 odst. 2 návrhu revize nařízení Brusel I). Podstatnou změnou tedy je právě zavedení lhůty, v níž mají soudy o své příslušnosti rozhodnout, což může do značné míry může eliminovat průtahy v řízení.⁹

Až praxe ukáže, zda se shora uvedený odhadovaný počet případů, v nichž došlo ke zdržovacím taktikám v souvislosti s určováním pravomoci a příslušnosti soudů podle stávajícího znění nařízení Brusel I, díky revidovanému znění nařízení Brusel I sníží.

⁸ Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (přepracované znění). SEK(2010) 1547; SEK(2010) 1548.

⁹ Předpokladem ovšem je, že soudy členských států budou tuto lhůtu dodržovat.

3. PLATNOST DOHODY O VOLBĚ SOUDU

Současné znění nařízení Brusel I neobsahuje pravidlo pro určení obsahové platnosti prorogační doložky. Upravuje pouze formu, v níž může být prorogační doložka uzavřena. V návrhu revize nařízení Brusel I je nově obsažena kolizní norma pro určení práva rozhodného pro prorogační dohodu: „Dohodnou-li se strany, že v již vzniklém nebo budoucím sporu z určitého právního vztahu má příslušnost soud nebo soudy tohoto členského státu, je příslušný soud nebo soudy tohoto státu, pokud tato dohoda není z hlediska svého obsahu podle práva tohoto členského státu neplatná.“ Toto řešení (kolizní norma v jinak čistě procesním předpise) je poněkud překvapivé. Faktem ovšem je, že absence unifikované úpravy platnosti prorogační dohody z hlediska jejího obsahu mohla vést k problémům. Kolizní režim prorogační doložky byl doposud posuzován podle národního práva, jelikož z unifikované kolizní úpravy smluvních závazkových vztahů byl vyloučen (jak Římská úmluva, tak nařízení Řím I jej výslovně vylučují). Jak uvádí zpráva o uplatňování nařízení Brusel I¹⁰: „V některých případech je dohoda stran kromě jednotných podmínek stanovených v nařízení podmíněna na zbytkovém základě vnitrostátními právními předpisy, a to buď za použití lex fori nebo lex causae. To má nežádoucí následky, protože dohoda o soudní příslušnosti tak může být v jednom členském státě považována za platnou a v jiném za neplatnou.“

Problémy, které stávající znění mohlo vyvolávat, se týkaly posuzování prorogační dohody jako samostatné smlouvy či jako součásti smlouvy hlavní a hledání jejího vlastního kolizního režimu pro posouzení platnosti dohody. Praktický dopad navrhované změny spočívá v tom, že prorogovaný soud při posuzování platnosti prorogační dohody bude vždy posuzovat platnost z hlediska obsahu podle svého vnitrostátního práva (lex fori). Nehledá ve svém vnitrostátním právu kolizní normu pro platnost prorogační doložky z hlediska obsahu (jak již bylo řečeno, z unifikovaných kolizních pravidel pro smluvní závazkové vztahy je prorogační doložka výslovně vyloučena), ale posuzuje platnost prorogační doložky podle svého hmotného práva. Možnou otázkou, která se může objevit, je, co konkrétně znamená ona platnost či neplatnost z hlediska obsahu prorogační doložky. Zda se tedy jedná o obecnou materiální platnost právního úkonu, jak ji pro občanské a obchodní smlouvy upravuje např. nařízení Řím I, či zda se jedná i o jiné případy (např. požadavky na specifický obsah prorogační doložky obsažený ve vnitrostátních předpisech ohledně subjektů, formulace prorogační dohody apod.). S ohledem na jiná jazyková znění revize nařízení

¹⁰ Zpráva Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o uplatňování nařízení Rady (ES) č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, KOM(2009) 174, ze dne V Bruselu dne 21.4.2009, s. 5.

Brusel I¹¹ lze dovodit, že platností z hlediska obsahu se rozumí skutečně materiální platnost, tedy vyjádření souhlasu s uzavřením takového právního úkonu.

4. PROROGACE SOUDŮ ČLENSKÝCH STÁTŮ SUBJEKTY Z NEČLENSKÝCH STÁTŮ

Další změnou, která se v oblasti prorogační dohody v návrhu revize nařízení Brusel I objevila, je, rozšíření pravidel soudní příslušnosti na žalované s bydlištěm ve třetích státech.

V dosavadním znění nařízení Brusel I bylo stanoveno, že prorogační dohodu mohou uzavřít pouze strany, z nichž má alespoň jedna bydliště na území členského státu. Pokud by takovou dohodu uzavřely strany, z nichž žádná nemá bydliště na území členského státu, nemohou soudy ostatních členských států rozhodovat, ledaže by zvolený soud nebo soudy svou příslušnost odmítly (čl. 23 nařízení Brusel I).

Revize nařízení Brusel I zcela vynechává zmínku o uzavírání prorogačních dohod subjekty ze třetích států. Nový článek 4 odst. 2 nařízení Brusel I totiž stanovuje, že osoby, které nemají bydliště na území žádného z členských států, mohou být u soudů některého členského státu žalovány pouze na základě pravidel stanovených v oddílech 2 až 8 této kapitoly. Možnost uzavření prorogační doložky bez ohledu na domicil jejích subjektů tedy přirozeně vyplývá z rozšíření použití nařízení Brusel I na subjekty ze třetích států. Na první pohled by se mohlo zdát, že k žádné změně nedošlo. Doposud bylo ale uzavření prorogační doložky o pravomoci soudu členského státu mezi subjekty z nečlenských států možné na základě vnitrostátních předpisů prorogovaného soudu. Nařízení Brusel I stanovovalo pouze podmínky, za nichž může rozhodovat jiný než zvolený členský stát.

Revidované znění nařízení Brusel I by mělo zajistit soudržnost mezi přístupem k dohodám o volbě soudu, pokud jde o situaci v rámci členských států Evropské unie, a přístupem, který bude přijat pro situace mimo Evropskou unii. Důležitá změna nastane v případě, že vstoupí v účinnost Haagská úmluva o dohodách o soudní příslušnosti, jež byla uzavřena dne 30. června 2005 v rámci Haagské konference o mezinárodním právu soukromém. Tato úmluva se použije ve všech případech, kdy alespoň jedna strana má sídlo ve smluvním státě, který není členským státem Evropské unie. Ratifikace Haagské úmluvy by tak měla zásadní vliv na použití nařízení Brusel I pro vztahy ze smluvních států Haagské úmluvy, jelikož vztahy mezi subjektem ze členského státu Evropské unie a subjektem z třetí země by byly nadále regulovány Haagskou úmluvou a

¹¹ V anglickém znění „unless the agreement is null and void as to its substance under the law of that Member State“, ve francouzském znění „sauf si la convention attributive de juridiction est entachée de nullité sur le fond selon le droit de cet État membre“.

nikoli nařízením Brusel I.¹² V tomto ohledu je vhodné připomenout, že i v Haagské úmluvě jsou stanoveny v základu podobně podmínky pro přerušení ostatních řízení v případě podání žaloby u prorogovaného soudu, a to tak, že soud smluvního státu jiný než zvolený přeruší nebo pozastaví řízení, na které se vztahuje dohoda o výlučné soudní příslušnosti, ledaže by byly další naplněny podmínky v úmluvě stanovené.

5. ZÁVĚR

Připravované změny v oblasti prorogace a litispendence reagují na problémy, které vyvstávaly s aplikací nařízení Brusel I. Jako nejpalčivější z těchto problémů se jevily obstrukční žaloby podávané u soudů, které nebyly zvoleny v souladu s platně uzavřenou prorogační doložkou, s cílem prodlužovat délku soudního řízení. Zvolené řešení tohoto problému v návrhu revize nařízení Brusel I slibuje urychlení řešení těchto obstrukčních žalob zavedením lhůty soudům pro rozhodnutí o své pravomoci a povinnosti soudu, který byl zvolen, rozhodnout o své pravomoci jako první. Praktické uplatňování a dodržování stanovených lhůt soudy je otázkou druhou. Zavedení jednostranného kolizního pravidla ohledně obsahové platnosti prorogační doložky dává stranám vyšší míru právní jistoty ohledně postupu při posuzování platnosti či neplatnosti prorogační doložky, takže i v tomto ohledu lze v navrhované revizi nařízení Brusel I spařovat krok směřující ke zlepšení. V textu revize nařízení Brusel I by bylo vhodné ovšem lépe specifikovat, co se míní oním „obsahem prorogační doložky“, tedy co konkrétně se má podle *lex fori* posuzovat, aby nedocházelo k interpretačním obtížím. Rozšíření možnosti uzavření prorogační doložky bez ohledu na bydliště či sídlo stran prorogační doložky je logickým důsledkem rozšíření personální působnosti nařízení Brusel I i na subjekty ze třetích států.

Literature:

- Magnus, U., Mankowski, P., Caravaca, A. L. C. Brussels I Regulation. 2007, Sellier. European law publisher. S. 495.
- Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (přepřacované znění). SEK(2010) 1547; SEK(2010) 1548.
- Zpráva Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o uplatňování nařízení Rady (ES) č.

¹² Dopadová studie, s. 29.

44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, KOM(2009) 174, ze dne 21. 4. 2009.

- Commission staff working paper. Impact assessment, accompanying dokument to the Proposal for Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast). COM(2010) 748 final; SEC(2010) 1548 final; 14.12.2010.

- Zelená kniha o posouzení nařízení Rady (ES) č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. KOM(2009) 175.

Contact – email

simona.travnickova@law.muni.cz

THE FEATURES OF THE LEGAL REGIME OF AGRICULTURAL LAND

GULNUR TULEUBAYEVA

Law faculty, L.N. Gumilyev Eurasian national university, Kazakhstan

Abstract

In Section 2, Art. 1 of Land Code of the Republic of Kazakhstan stated that the legal regime of land is determined on the basis of their belonging to one category or another, and permitted use in accordance with the zoning of land (territory). The existing legislation of Kazakhstan indicates the presence of one additional element that affects the legal regime of the land. Zoning as one of the major functions of management of land fund is affect on political, social and economic interests of various levels of population and the state.

Keywords

Land fund; legal regime of land; agricultural land; zoning; legal regulation

Introduction

From the standpoint of social stability, sustained and sustainable development of the land issue is not only the social-economic, but also special political importance. On this basis, providing quality and effective legal regulations remains rather urgent task of legal science and legal policy. The Land law has always occupied a special place in the law, but in the context of increasing scale of economic turnover of land, involving land and land rights in the sphere of the market, its socio-regulatory significance increases. The land legislation of Kazakhstan is developing quite dynamically. The reforms in the economy, the transition to a new system of property relations, changes in land turnover led to a need for a substantial renovation of the system of land legislation. The first statute of the independent Kazakhstan on land matters was the Land Code of 16 November 1990, replaced by the Edict of the President of the Republic of Kazakhstan with the Effect of Law On Land of 22 December 1995, which in its turn has been replaced by the Law of the Republic of Kazakhstan On Land of 24 January 2001, replaced by the 2003 Land Code. [1] Adopted on

20 June 2003 the new Land Code of the Republic of Kazakhstan is a forth-generation statute and is a key act of the ongoing land reform in Kazakhstan. Prior legislation, including the 2001 Law On Land and the 1995 Edict of the President On Land allowed the private ownership of certain types of land. During the period of development land relations have been accepted also other important regulations which provide for significant changes in land area, including more than 100 sub-legal acts of the land, mediating absolutely new institutes and categories of land law. The agricultural land of the Republic of Kazakhstan has been excluded from the private ownership except for ownership by citizens of Kazakhstan for development of their personal homesteads and gardens, and construction of their summer houses. The new Land Code has abolished this exclusion, and private ownership of agricultural land by Kazakhstani legal entities and individuals for farming and agricultural production, is now permitted thereby creating another opportunity for investments and development of land market in Kazakhstan. In addition to this, the Land Code has clarified and streamlined the rights of foreign persons to own and lease land in Kazakhstan.

Land Fund of the Republic of Kazakhstan in accordance with the purpose divided into the following categories:

- 1) agricultural land;
- 2) land settlements (cities, towns and villages);
- 3) land for industry, transport, communications, defense and other non-agricultural purposes;
- 4) land protected areas, land, health, recreational, historical and cultural destination;
- 5) forest land;
- 6) water fund land;
- 7) reserve lands (i.e., all lands that are owned by the state and are not allocated for use or private ownership).

The legal regime of land is determined on the basis of their belonging to one category or another, and permitted use in accordance with the zoning of land (territory). The concept «zoning» is included in land legislation of the Republic of Kazakhstan rather recently and has not received still accurate, unequivocal legal definition. The circle of law relations covered by concept «zoning» is not defined. The land legislation has defined only the most general approaches and principles of regulation are on the formation stage. The meaning of zoning is to prevent incompatible land uses through the development of comprehensive plans for municipalities and the distribution

of species and density of land use in accordance with these plans. Once designated, the land and property located thereon contains restrictions on the use and type of constructions that can be built. Any acquisition and alienation of a land parcel are subject to land designation and zoning requirements. Land designation and zoning is performed by a local Land Resource Management Agency under the administration of a local executive authority, Akim, and requires approval of a local representative authority, Maslikhat. It is important, therefore, to verify the designation of a land parcel before transacting therewith.

Agricultural land as a «special» category of land

In the regulation of land relations often use the term «legal regime of land». In modern legal literature, there are different points of view about the concept. The legal regime of these lands has a number of significant features, in view of the «special object and subject composition». Giving certain rights and responsibilities of owners and homeowners land derives from the order of the use and protection, as well as on the conditions and requirements of the zoning given land. The Land fund of the Republic of Kazakhstan includes all land within its territory. Agricultural land occupies first place in the hierarchy of the land fund of the country. Legal definition of agricultural land is given in Section 1, Art. 97 of Land Code of the Republic of Kazakhstan, stating that «agricultural lands are lands granted for agricultural purposes, or intended for these purposes». «Here formulated an important position on the division of land into separate categories that have a specific legal regime, depending on the purpose of land. This provision is first received by the legislative embodiment in Art. 21 of Basics of land legislation of the USSR and Union Republics in 1969.

Transferred from the old to the current Code the legal aspects of agricultural land: the provision of land for agriculture and the purpose of land for agriculture can hardly now cause substantial doubt. Since the logical inevitability follows a formula that agricultural lands are the lands provided for the needs of agriculture». [2, p.492] Identifying legal attributes of agricultural land is a priority in determining the content of their legal protection and efficiency. [3, p.77]

In the regulation of land relations often use the term «legal regime of land». In modern legal literature, there are different points of view about the concept. According to G.A. Aksenonok to determine the legal regime of any category of land is necessary, first of all a definition of these lands as an object of land relations, and secondly to determine the range of land managers of these lands to establish their rights and obligations, and thirdly, order of state management of these lands, and finally, fourthly, to indicate the form and liability measures that are defined by law for the users. [4] N.I. Krasnov said that «the legal regime of the land» is established norms of

Soviet land law procedure is possible and proper conduct in relation to the earth as an object of exclusive rights of state ownership, government land fund, land use rights and legal protection aimed at ensuring its rational use in as general conditions and the main (principal) means of production in agriculture. [5]

According to the O.I. Krassov, the question of the meaning and scope of this concept remains poorly understood. He writes that «there is a sufficiently large number of works that deal specifically with the legal regime of the categories or types of land. Nevertheless, the vast majority of these works are precisely this concept is not specifically touched on, although the content of studies was reduced in the end, it is to study the legal regime of land». [6, p.36-37] I. Ikonitskaya in its definition of the legal regime of land, places special emphasis on the fact that this mode can be set for «special» object to the land as the object of property rights and public land management and the object of legal protection of land as a natural resource, performing defined by the Constitution of Russian Federation key social-economic functions - the basics of life and health of people living on the territory». [7, p.181] In studying this, the Kazakh researcher Zh.H. Kosanov follows formulates its definition. «The legal regime of the land is established rules of land law and proper procedure for a possible behavior with respect to the earth as an object of public administration, legal protection, property rights, land use rights, aimed at ensuring its sustainable use as general working conditions and the principal means of production agriculture». [8] I.G. Arkhipov is short in its definition. He believes that «the concept of the legal regime of land means the statutory procedure for their use and protection. This order includes requirements to ensure the rational use of land from the environmental safety, public authorities are competent to regulate land relations, rights and duties of the subjects of land rights». [9, p.131]

Diversity and differences of opinion on this issue once again emphasizes that the disclosure of its nature will depend on the effectiveness of legal regulation of certain land relations.

Basics of the legal regulation of agricultural land zoning

In Section 2, Art. 1 of Land Code of the Republic of Kazakhstan stated that the legal regime of land is determined on the basis of their belonging to one category or another, and permitted use in accordance with the zoning of land (territory). As you can see, the existing legislation of Kazakhstan indicate the presence of one additional element that affects the legal regime of the land. We are talking about zoning of land (territory). The meaning of zoning is to prevent incompatible land uses through the development of comprehensive plans for municipalities and the distribution of species and density of land use in accordance with these plans. At its core, the zoning is

an order in respect of new types of land development and therefore has a tendency to form rigid patterns of land use. When zoning is ignored natural contour of the terrain, does not take into account the presence within the zone of sites of ecological or historical value. In order to address these terrain features have been developed flexible zoning techniques, such as floating zones or land with a «planned buildings». [10, p. 9] In the legislation of Kazakhstan this concept was first introduced by Presidential Decree having the force of law «On Land» of December 22, 1995. Under the zoning of land area refers to the determination of land to establish their purpose and usage. The organization of zoning on the regional level (city of republican status, capital) areas (cities of regional importance) to implement the authorized bodies of oblasts (city of republican status, capital) areas (cities of regional significance). The project of zoning be approved by the representative authorities of region (city of republican status, capital) areas (cities of regional significance). The classifier earmarked land is developed on the basis of projects (schemes) zoning and approved by the local executive bodies of oblasts (city of republican value capital), districts (cities of regional significance). Task mode of using the territory defined in the zoning of the land is for the subjects of land relations binding. The zoning of land held by a decision of local executive bodies and at the expense of budget funds. The order of the President of the Republic of Kazakhstan Agency for Land Management on December 29, 2004 № 107-P, approved Guidelines for the development district zoning schemes. [11] According to the document when zoning takes into account such factors as: natural and economic conditions, the purpose of the land, land-quality, their productivity and assessment, ecological condition of land, special or special treatment of different categories of land use and others. The zoning of the land is taking into account the priority of agricultural land, the special protection of agricultural lands and their using. The foundation of zoning of agricultural land is a natural-agricultural zoning with the release of natural zones and suburbs. The natural-agricultural zoning of the land fund of the region is carried on the base and taking into account the national natural zoning. When zoning of agricultural land are taken into account: agro-climatic conditions; soil and vegetation; quality state of agricultural land; specialization of agricultural production; special conditions for the using of land.

Depending on the specific local conditions can be taken into account other factors that influence the nature of land. The territories of land of agricultural land with the usual mode of use for agricultural economic subject. The agricultural land set territories with the specific conditions of land use are identified in the process zoning of land for industry, transport, communications, defense, lands of specially protected natural areas, lands of water fund and other non-agricultural use without the withdrawal of these territories at farm good makers. Besides the territories of agricultural land are reserved required for the development of human settlements, nature reserves and for other purposes not related to agricultural production. It

should be noted that, based on zoning, land supply, forestry, water resources, industry, transport and other non-agricultural use of land are identified, possible to transfer for agriculture.

Experience in legal regulation of agricultural lands in the Republic of Kazakhstan

Kazakhstan, the third country in the Asia and covers an area of 272,5 million hectares, including the ten natural-agricultural areas. On the territory of the Republic of Kazakhstan on natural conditions, divided into the following areas:

- 1) forest-steppe;
- 2) steppe;
- 3) dry-steppe;
- 4) semi-desert;
- 5) desert;
- 6) foothill-desert-steppe;
- 7) subtropical desert;
- 8) foothill-subtropical desert;
- 9) central asian mountain;
- 10) of south siberian mountains.

The four zones: steppe, dry steppe, semi-desert and desert account for 87,4% of the total territory and 88,3% of agricultural land. Land reforms in the country led to some changes in the distribution of land resources by categories and sites: from the agricultural land was transferred to the reserve lands and other categories of 35,0 million hectares (62%). As part of the land fund of the republic 81,7% are agricultural lands, dominated by grassland (84,9%) of desert and semi-desert and arable land amounts to 10,2%. The share of agricultural land in the structure of agricultural lands of the republic is 38,5%. Significant areas of farmland are registered in the reserve lands (50,6%), settlements (8,6%), forest (3,6%) more than 70% of non-irrigated arable land accounted for by three areas: Akmola, Kostanai and North- Kazakhstan, 60,7% of irrigated arable land are concentrated in Almaty and South Kazakhstan, with the largest area of grassland located in the Karaganda and Aktobe regions, respectively: 35,5 million hectares (18,8%) and 25,5 million hectares (14,1%). During the years of reforms in

the structure of agricultural land with significant changes of arable land. Departures from circulation 12,8 million hectares (almost 1/3) of arable land.

Perennial plants in the country currently occupied 121,8 thousand hectares, including: gardens – 97,6 thousand hectares of vineyards - 13,7 thousand hectares. Over the years, land reform, an area of perennial plants decreased by 41,4 thousand hectares or 25%, including for the year - by 1,2 thousand hectares. The area of grasslands in the reporting period was 5,0 million hectares, of which 62,4 thousand hectares - Superior, 731,8 thousand hectares - Lima irrigation. The main type of land in the republic are pastures. They occupy 189,0 million hectares, or 84,9% of agricultural land. Of the total area flooded pastures are 116,9 million hectares, or 61,6%, improvement - 4,8 million hectares, or 2,6%. Non-agricultural lands occupy 49.7 million hectares, or 18,3% of the land fund of the republic. [12]

Land reform in the republic led to the elimination of state monopolies and the gradual expansion of the incidence of private ownership of land. In the private property of citizens and non-state entities are more than 3 million land plots with total area of 589,9 thousand hectares. The land resources of the republic in their management and development capable of ensuring the production of various products in quantities that meet domestic and export demand. [13]

The main features of the agricultural lands are, firstly, the provision of these lands for agriculture, and secondly, the purpose of these lands, the objectives of agriculture. In the land legislation of the Russian Federation contains one additional legal criterion of agricultural land, as required of their position below the settlements, as it follows from Section 1, Art. 77 of the RF. [14]

The existing legislation of Kazakhstan is not a sign that the practice leads to the fact that agricultural land use in the territory of settlements and agricultural land are equalized in the legal status, leads to a blurring of their boundaries, both quantitative and qualitative data recording land. The equation of these types of land can not be unambiguously that follows from the following parameters:

First, the agricultural lands constitute a separate category of land, and have their composition. The legislation comes from the fact that «agricultural land» and «agricultural land use» - not identical concepts. In one case, the specific object of legal regulation are the agricultural land as a part of the lands of Russia, distinguished in a separate category for the intended purpose of land. In the second case, the object of legal regulation are the agricultural land use as a combination of lands from the land settlements, industry and other categories that are used as agricultural land on the lands of the main economic purpose. As part of these lands are allocated in the first place, agricultural land, and secondly, the lands occupied by on-farm

roads, communications, closed bodies of water, land reclamation network, buildings and structures necessary for the functioning of agriculture, third, and other lands (solonchaks, sands, takyrs and other miscellaneous land interspersed in the array of agricultural land). The Agricultural lands are highly productive lands that are subject to special protection. These include arable land, fallow lands, and lands under permanent crops, hay fields and pastures. Relying on the legal definitions of each of agricultural land, the given information in Section 4, Art. 97 of Land Code of the Republic of Kazakhstan can say that they serve as the means of production in agriculture. For example, arable lands used for planting crops, grazing lands are systematically used for haying and grazing animals. As for the land occupied by on-farm roads, communications, closed bodies of water, land reclamation network, buildings and structures, they are necessary for the functioning of agriculture and are more the spatial basis for placing objects in agriculture. Farmland can be irrigated and drained. Other land in the form solonchaks, sands, takyrs may be composed of agricultural land in the form of objective reasons, they are on territory under consideration, i.e., embedded in arrays of farmland. The using these lands for agricultural purposes are not always impossible. Such differentiations is not strength, but strictly take into account the need for effective agricultural production as land, appropriate to their natural, physical and economic properties of the immediate requirements of the crop and the land that serve as operational basis for the spatial location of numerous industrial facilities serving agriculture. It should be noted that the lands of agricultural use of such settlements do not fission, is not legislatively defined composition and structure that can be said for other categories of land resources.

Second, Section 6, Art. 97 of Land Code of the Republic of Kazakhstan define the purpose of use of agricultural land. These include: the management of commercial agricultural production, including farm or farming, forestation, development of private farming, gardening and dacha construction, scientific research, development and training objectives, management subsidiary agriculture, horticulture and animal husbandry. This list is exhaustive and is not subject to broad saying. The conditions of use of agricultural land use settlements, forest and water funds are not regulated by law. In accordance with Section 2, Art. 1 of Land Code of the Republic of Kazakhstan legal regime of land is determined on the basis of their belonging to one category or another, and permitted use in accordance with the zoning of land (territory).

Third, the land laws provided for the principle of priority agricultural land that is not in relation to other categories and types of land. It should be noted that the land of forest and water resources, defense, individual parcels of land are protected areas can be used for agricultural purposes, for example, for haying, grazing of livestock. This use may only be temporary. In the legal literature uses the terms «agricultural land», «agricultural land use», «agricultural land». The latest content is the most concise, needs an

appropriate legal clearance. In our opinion, the use of various categories of land for agricultural purposes is not grounds for their inclusion in the farmland, the spread on their usage and protection of these lands. For example, the procedure and conditions for use of lands of forest fund is regulated in detail by the forest legislation. In relation of them do not apply the principle of special protection of farmland. Therefore, the mechanical inclusion of non-agricultural land categories are temporarily used for agricultural purposes in the agricultural land is unacceptable. In the disclosure of the legal regime of agricultural land occupies an important place the principle of priority of this category of land over the others. The question arises - what is expressed priorities, and how it is provided? According to A.H. Hadzhiyev's point of view «its fixation in the legislation due to the value of one category of land as the main means of production and the conditions of agricultural production, the main factor in ensuring food security of the population». In terms of market time, he has a tendency to continuous improvement and strengthening, which follows from the objective need of transformation and the formation of a new type of land relations in agriculture, land laws in a whole series of previously unknown rules setting higher and special requirements for protection and use of agricultural land». [15, p.98] Agreeing with this view, we believe that it requires further legislative gain in mind, often unjustified inference of their agricultural use of farmland.

Suggestions on the improvement of legislative regulation of agricultural land

From the meaning of existing land laws, giving priority to agricultural land provided by the following legal regulations.

First, these lands are used primarily for agricultural production and other agricultural needs.

Second, the law limits prescribed in the turnover of agricultural lands. Before 2003, before the Land Code of the Republic of Kazakhstan was government owned, now they can be privately owned only by citizens and non-state entities of the Republic of Kazakhstan.

Third, the law provides for supplementary duties from the owners and users of agricultural land for their content. This is evidenced by the rules arising from section 4, Art. 99 of Land Code of the Republic of Kazakhstan. It is the duty to respect the established pattern of alternation of crops on irrigated lands trained engineers, conducting the necessary reclamation and restoration work, including maintenance, as appropriate, existing in the area of irrigation and drainage systems.

Fourth, it is not always allowed the removal of these lands for agricultural needs. For example, according to Art. 90 of Land Code of the Republic of Kazakhstan provides that the removal of irrigated agricultural land, land of experienced field research and educational institutions of the agricultural permitted only in exceptional cases. These exceptional cases, the legislator considers the establishment and expansion of protected areas, implementation of international commitments, the discovery of a section of the deposit of valuable minerals, roads, power lines, communication lines and pipelines, engineering and communication networks, public settlements, and as objects of state significance. Withdrawal of the above land may, in the absence of other options for the possible deployment of these objects.

Fifth, when seizure of farmland for nonagricultural purposes shall be reimbursed the «special» damages, namely the loss of agricultural production.

It should be noted that the Land Law there is another important principle of «special protection of agricultural land». The question arises - what is the ratio of the principles of «priority agricultural lands» and the «special protection of agricultural land»? It should be noted that in the legal literature, these principles are perceived as synonyms, are equated with each other, and often the principle of special protection of agricultural land, ignored that, in our opinion, and is not entirely correct. Moreover, we believe that the principle of special protection of agricultural land requires a specification and amplification. This principle follows from Section 3, Art. 97 of Land Code of the Republic of Kazakhstan, which explicitly states that «agricultural land subject to special protection. The use of these lands for purposes not related to agricultural reduction is allowed in exceptional cases».

References

Земельный кодекс Республики Казахстан от 20 июня 2003 года № 442-II // Казахстанская правда от 26 июня 2003г. (с изменениями и дополнениями).

Земельное право. Учебник под ред. Быстрова Г.Е., Гусева Р.К. - М., 2006. - 707 с.

Бринчук М.М. Правовая охрана окружающей природной среды от загрязнения токсичными веществами: Автореф.дис. д-ра. юрид.наук. - М.: АН СССР, 1991. - 33 с.

Аксененок Г.А. Правовой режим земель сельскохозяйственного назначения. - Сельское хозяйство и право СССР и Италии.- М., 1977

Советское земельное право: Учебник / Под ред. Н.И. Краснова - М.: Юрид. лит., 1982. - 251 с.

Крассов О.И. Земельное право современной России: Учебное пособие. М.: Изд-во «Дело», 2003. - 624 с.

Иконицкая И.В. Земельное право Российской Федерации: Учебник. М., 2001. - 288 с.

Косанов Ж.Х. Теоретические проблемы права собственности и иных прав на землю: дисс. ... докт. юрид. наук. - Алматы, 2004. - 281 с.

Архипов И.Г. Земельное право Республики Казахстан: Учебное пособие. Алматы.: Изд-во «Борки», 1997. - 295 с.

Николас А. Робинсон Правовое регулирование природопользования и охраны окружающей среды в США: Пер. с англ под ред. О.С. Колбасова и А.С. Тимощенко; Послесл. О.С. Колбасова. - М.: Изд-во Прогресс, 1990 -528 с.

Агентство по управлению земельными ресурсами Республики Казахстан. Методические указания по разработке районных схем зонирования земель: Приказ Председателя Агентства от 29 декабря 2004 г. // ИС ПАРАГРАФ. 2010

Еркинбаева Л.К. Аграрные правоотношения в Республике Казахстан: дисс. ... докт. юрид. наук. - Алматы, 2008. - 354 с.

Правительство Республики Казахстан. О Программе по рациональному использованию земель сельскохозяйственного назначения на 2005-2008 годы:

Постановление от 5 января 2005 года № 3. // ИС ПАРАГРАФ. 2010

Постатейный научно-практический комментарий к Земельному кодексу РФ / Г.А. Волков, А.К. Голиченков, О.М. Козырь. - М: 2002.

Хаджиев А.Х. Проблемы теории земельного права Республики Казахстан в условиях становления и развития рыночных отношений: дисс. ... докт. юрид. наук. - Алматы, 2005. - 365 с.

Contact – email

g.tuleubayeva@mail.ru

COMPARATIVE ANALYSIS OF LEGISLATION OF RUSSION
FEDERATION AND REPUBLIC OF KAZAKHSTAN AT CRIMES
PERPETRATED WITH ORGANIZED CRIMINALITY

Mgr. Gulnur Yensebayeva

L.N. Gumilyev Eurasian national university, Kazakhstan

Comparative analysis of criminal legislation of russian federation and
republic of kazakhstan at crimes perpetrated with organized criminality

Abstract

The problem of organized crime one of the most pressing issues facing society and the state. The basis for comparison, to study the dynamic of organized crime to put the commission of those crimes, which are a manifestation of organized crime. It needs to create and adopt a comprehensive law on combating organized crime. «Criminal legislation» should be brought into compliance with international treaties ratified by the RK, in particular the UN Convention against Transnational Organized Crime.

Keywords: Organized crime; high latency; transnational organized crime; participants in the criminal proceedings.

Introduction

The problem of organized crime is one of the most critical problems facing the society and the state. The topicality of researching this problem assumed special significance as a result of passing the Concept of juridical policy of the Republic of Kazakhstan for the period of 2010-2020, approved by the Decree of the President of the Republic of Kazakhstan dated August 24, 2009 № 858. [1] According to the 2nd part of the Concept “Main directions of the national law development”, one of the important directions of the juridical policy will be bringing the criminal law to conformity with international agreements, ratified by Kazakhstan, and strengthening criminal liability for the crimes, committed as a member of an organized criminal group or a criminal association. At the same time a strict criminal policy is

carried on concerning people guilty of grave crimes and absconding of criminal prosecution.

According to the data of MIA of the RoK, 11 criminal cases were excited in 2010 by the facts of establishment and leadership of organized criminal groups (further referred to as OCG) (Art.235 of Criminal Code of the RoK) and 4 cases by the facts of banditry (Art. 237 of CC of the RoK). 16 criminal “authorities”, 14 leaders and 81 members of OCG with a great amount of weapons and narcotic drugs were brought to trial. Last year 31 criminal cases were excited by the facts of establishment and leadership of OCG and 6 cases by the facts of banditry. 49 criminal “authorities”, 55 leaders and 258 members of OCG with a great amount of weapons and narcotic drugs were brought to trial. [2] Criminological situation for the last years shows that organized criminality continues holding leading positions in criminality and poses a serious threat to a normal functioning of the society and the state.

Organized criminality in the Republic of Kazakhstan

Organized criminality in Kazakhstan is a special level of group criminality. At present time the crimes, forming it up, are committed by highly organized criminal associations, joining a significant number of people, professionally prepared for criminal activity, frequently well-armed. Organized criminality in Kazakhstan has a tendency to consolidate, gains more professional character, penetrates into legal spheres of business, establishes close contacts with corrupted officials in different governmental structures and transnational criminal associations; the organized forms are improved. In modern conditions the main trait of the criminality is penetration into power, foreign-economic sphere of the state activity, into commercial structures. Therefore, control of organized crime is one of the most urgent problems in the modern society.

Statistic data of the last year's show negative changes in the dynamics of the crimes, committed by organized criminal groups, gangs and criminal associations (criminal organizations). Statistic data for the period from 2003 till July 2009 show by the end of 2005 a general increase of a total number of the crimes, registered in the country, provided in articles 235 and 237 of the Criminal Code of the Republic of Kazakhstan (further referred to as CC of RoK). If in 2003 this numbers were 86 and 17 correspondingly, in 2004 – 104 and 11, in 2005 the numbers registered – 70 and 16. Further, from 2006 till 2008 the rates of the registered crimes, provided in articles 235 and 237 of CC of RoK were approximately equal (51 and 8 correspondingly, and in the first half of 2009 they made up 48 and 3 crimes. The analysis of the statistics by these articles separately showed that the rate of the registered crimes provided in the article 237 of CC of the RoK decreased, and in the article 235 – steadily increased. [3]

Organized crime is characterized by high latency. The statements should be noted by professors Naumov A.V., Kudryavtsev V.N., Lunyov V.V. who suggest assuming the commitment of the crimes which are a demonstration of organized crime as a basis of comparisons, studies of dynamics of organized crime. [4, p. 182] One of the most dangerous characteristics of organized crime is corruption. Nowadays corruption offences are committed, as a rule, by members of stable criminal associations, whose activity is aimed at maximum profiting from criminal business. The statement by Professor Dolgova A.I. is fair; she thinks that “struggle against corruption should be interrelated with the struggle against organized crime”.

A rather new level of criminal activity requires a timely prevention, identification, suppression of crimes and bringing to trial the people, guilty of the crimes in cases of organized groups and criminal associations (criminal organizations). However, the struggle against organized criminal activity cannot be realized effectively enough on the basis of the existing system of criminal norms of the counteraction against accomplice ship, since this penal institute is not able in present-day situation to be realized on the basis of the existing scheme of criminal norms of the counteraction against accomplice ship, as this penal institute in present-day conditions is not able to provide resistance to complex and scaling manifestation of organized forms of criminal activity in full measure. It conditions for the necessity of the further scientific research and the search of the measures on the control of criminal activity of the organized groups and criminal associations (criminal organizations).

Comparative analysis of articles 209 and 210 of Criminal Code of the Russian Federation and articles 235 and 237 of the Criminal Code of the Republic of Kazakhstan

It should be expedient to revise the construction of *corpus delicti* provided in article 235 of CC of the RoK “Establishment and leadership of a criminal group or a criminal association (criminal organization), participation in a criminal association”, since it does not conform with a current state of organized crime and does not reflect adequate criminal measures of counteraction against it. If we make a comparative analysis of articles 209 and 210 of Criminal Code of the Russian Federation (further referred to as CC of the RF) and articles 235 and 237 of CC of the RoK, we can come to the following conclusions.

Firstly, the composition of banditry provided in article 209 of CC of the RF and article 237 of CC of the RoK coincides in the description of the crime and by construction both articles include 3 parts. The only difference is the provided sanctions. Part 3 of article 237 of CC of the RoK says: “the actions, provided by parts 1 and 2, committed by a person using his/her official position, are punished by custodial coercion for the period from 10

to 15 years”, while part 3 of article 209 of CC of the RF has a sanction - custodial coercion for the period from 12 to 20 years. [5] Secondly, article 210 in CC of the RF provides criminal liability for organization of a criminal association (criminal organization) or participation in it. That is, chapter “Crimes against public safety and public order” in CC of the RF does not include any independent article, providing criminal liability for organization of or participation in organized criminal group. Organized criminal group as one of the types of organized criminal formations is provided by Russian legislator in the corresponding articles of CC of the RF as a qualificatory characteristic. Article 235 of CC of the RoK provides criminal liability both for organization of or participation in an organized criminal group and criminal association (criminal organization).

Thirdly, it is necessary to change and complete part 2 of article 235 of CC of the RoK, for the purpose of more precise definition of the elements of the objective side of the crime. For instance, by analogy, part 1 of article 210 of CC of the RF can be referred to, in which changes and additions were made in 2009. So, part 1 of article 210 of CC of the RF provides a detailed characteristic of the objective side of this crime: “Establishment of a criminal association (criminal organization) for the purpose of a joint commitment of one or several grave crimes or leadership of such association (organization) or organization departments, and coordination of criminal actions, establishment of stable relations between different functioning groups, development of plans and creation of the conditions for commitment of crimes by such groups, or division of the spheres of criminal influence or criminal incomes between them, made by a person using his influence on a participant of the organized groups, as well as participation in the meetings of the organizers, leaders or other representatives of the organized groups for the purpose of commitment of at least one of the above mentioned crimes”. [6] Besides, part 4 of the mentioned article provides criminal liability for “commitment of the actions, mentioned in part 1 by a person, holding the highest position in a criminal hierarchy”. [7] This norm is an innovation. According to the statistics, at present time in Russia people, who committed the crimes, provided by article 209 of CC of the RF, are brought to trial by article 210 of CC of the RF, and the reason to this fact is imperfection of the composition of article 209 of CC of the RF, by Professor Milyukov’s [8] statement.

Fourthly, it is possible to consider the suggestion on including the following note in article 235 of CC of the RoK: “A person, of his own free will breaking his participation in an organized criminal group, criminal association (criminal organization) or organization department included in it, or in a meeting of the organizers, leaders or other representatives of the organized groups, and actively assisting in discovering or prevention of these crimes, is excused from criminal liability, if there is no other corpus delicti in his actions.”

Fifthly, according to the sanctions of articles 235 and 237 of CC of the RoK, the degree of the punishment in the form of custody is higher in article 237 than in article 235 of CC of the RoK. Russian legislator considers criminal association (organization) more perilous for public than banditry, and the sanction is correspondingly maximum according to part 4 of article 210 of CC of the RF – life imprisonment. By Rakhmetov S.M.'s opinion, legislative construction of the sanction degree in the form of custody is higher by article 237 than by article 235 of CC of the RoK and conforms to a real public risk from banditry, by the reason of such mandatory attribute as arms. Professor Milyukov considers that the current construction of corpus delicti provided by article 209 of CC of the RF includes the attributes of banditry not in the full measure. [9] Besides, the sanction of article 209 should be toughened, that is for instance, should be ratable to the sanction of part 4 of article 210 of CC of the RF, providing the liability for this crime in the form of life imprisonment.

Organized crime is a demonstration of the highest criminal order. Nowadays organized crime poses hazard for radical social-economic and democratic changes, it easily adapts itself to changing social conditions, penetrates into economy and politics. Current condition of organized crime can be valued on the assumption of taking into account historic, territorial, social-economic factors; it contains many characteristics common to the analogous phenomenon in other countries of the CIS. By Professor Rogov's opinion, organized crime has such characteristic features as mass functioning of stable criminal associations, criminal activity as a business, corrupt relations with officials from party, government and state bodies. Economic criminality must not be identified as organized criminality. Suggesting differentiation of the notions of economic and organized crimes, Rogov I.I. fairly notes that though crimes in the sphere of economy make a basis of organized crime, it is not limited by them, but embraces also narcotic and pornography business, prostitution, illegal gaming, racket, and joining with professional general crime. [10, p. 9-10]

Criminal aspects of the control of organized crime in the Republic of Kazakhstan

At present time, the existing legislation of Kazakhstan can not to a full degree realize criminal prosecution of organized criminal formations and in the first turn their leaders. The reason of this situation is the fact that criminal investigation and criminal procedure are often isolated from each other. By the statement of Professor Moldabayev S., the mechanism of using the results of criminal investigation as proofs in criminal cases is not regulated in procedural criminal law of the Republic, the institute of witnesses' (informants') defense is not properly worked through in the pre-trial legal proceeding. [11]

For instance, in the USA the method “Introduction of the system of judicial immunity and witnesses’ defense” [12] is applied in control of organized crime. The goal of judicial immunity is denunciation of the leaders of criminal organizations on the basis of the evidence of less significant members of the organization. Taking into consideration the circumstance that criminals cruelly revenge on those who not only give evidence to the police but also are ready to appear in court as a witness of prosecution, it is necessary to take measures on the defense of such witnesses. For this purpose judicial immunity is established for the informant and police defense is proposed for his/her close relatives. The prosecutor making investigation and considering that the witness’s life is at risk because of the evidences can put a question of applying the defense program for this witness. The inquiry is sent to the operating department of the Department of Justice of the USA, which makes a decision on the method of defense. After that the witness receives a new birth certificate, he gets a new number in the social insurance system. The witness is granted housing, not available for those against whom his/her evidence is directed; he/she is given a monetary allowance and other forms of assistance till he/she is able to provide him/herself. The expenses connected with a witness defense are rather great. Such approach is justified only when an important criminal “authority”. For the purpose of a witness’s defense and obtaining evidences, the court agrees to accept the evidences fixed by means of video technics as a proof, if it does not break constitutional procedural criminal norms. In this case the removal of a witness by members of organized criminal groups is senseless, as even in the case of his/her death, the recorded video evidences will play their role.

In the documents U.N.O., Security Council and its other departments successfully adhere to the position of interrelation of organized crime, corruption and terrorism. Organized crime and terrorism are designated as “new challenges and threats for the mankind”. So, in the aspect of terrorism prevention and struggle against it, U.N.O. in the Resolution of General Meeting 60/288 called on the states to consider the question of immediate joining the U.N.O. Convention against transnational organized crime and three complementary protocols to this Convention. The Convention, in its turn, pays a special attention to the struggle against corruption, considering it as an efficient method of struggle against organized crime.

It should be noted that regional and subregional international organizations, following U.N.O. positions, hold such approaches in their documents. [13] Such kinds of organizations, established not long ago, include the struggle against these crimes into their charter goals. For instance, the Charter of the CIS [14] refers the struggle against organized crime to the spheres of joint activity of the states. The Charter of Shanghai organization of cooperation [15] refers joint counteraction against terrorism, struggle against other kinds of transnational criminal activities and illegal migration to its goals. The Charter of the Organization of the Treaty on collective security [16] notes

the struggle against international terrorism, organized transnational crime and other threats by its members-states as one of the directions of its activity.

Characterizing modern organized crime, Dolgova A.I. notices that nowadays “organized criminals, who capitalized by criminal means, successfully act legally using officially registered legal entities. In their unlawful (though modified) activity they aim at using legal structures and opportunities; become active figures in official political structures. They control many federal and regional governmental and social institutes, local government bodies”. [17, p. 3]

In the practical activity of law machinery control of organized crime is mainly added up to denunciation and bringing to trial of bribe takers. Corruption for organized criminals is a means of ensuring not only a lucrative impulse, but also a political interest, as they have poly-motivation: obtaining extra incomes and power for their conservation and increasing. [18, p. 370] Organized crime is primary related to corruption and terrorism, it underlies these criminal phenomena. Therefore, struggle against organized crime is to a considerable degree struggle against corruption.

Dolgova A.I. writes that organized criminals use the interrelation of corruption and the most dangerous types of criminal violence, in particular, terrorism. Organized criminal formations are the greatest corrupter – a subject of bribery to official and other people, possessing governmental or other commissions, authority and possibilities. On the other hand, the most successful and long acting bribe takers are the members of organized criminal activity.[19, p. 5-6]

Nowadays organized crime has a number of characteristic features and they have its transnational character. The crimes which are a demonstration of organized crime are committed in the space, making up the territory of several independent states, and sometimes in such crimes there are participants who are citizens of different states. By the opinion of Professor Volzhenkin B.V. in such cases in relation to organized crime a principle of universal jurisdiction should be used. [20, p. 649] At present time a principle of universal jurisdiction is applied in the cases of commission of crimes, provided in international conventions, whose members-states are obliged to prevent independently of the place of commitment and the citizenship of the guilty persons.

Professor Volzhenkin B.V. considers a treaty between the states-members of the CIS a possible basis for universal jurisdiction. Such treaty must include a provision on the right of law machinery of the state, which excited a criminal case and discovered the signs of organized crime, to investigate all the crimes, committed by the criminal association, independently on the place of their commitment and to call to account all the people involved in spite of their citizenship. The states – members of the CIS must agree on the

prejudicial power of the sentences, passed by the courts of each state. [21, p. 650]

Some definite priority directions can be observed in the activity of transnational organized criminal groups, they are conditioned by the specific features of the region and criminal traditions. For example, Middle Asia – mainly illegal narcotics turnover; Northern Caucasus and Transcaucasia – theft of arms and ammunition; Baltic countries – currency and import-export operations with strategic raw materials and products; Far East – machinations with automobiles brought from abroad, racket, foreign economic crimes connected in particular with smuggling of natural resources. Organized criminals acting in Caucasus and Middle Asian regions often operate with extremist groups.

In the struggle with organized crime, Professor Volzhenkin says, revision of some provisions of criminal law and international law concerning the place of committing a crime, prejudicial meaning of judicial decision on criminal cases in other states, observance of the rule “double criminality” for criminal extradition and some others. [22, p. 652]

Conclusion

In the works devoted to research of organized crime, in particular, its forms some remarks are advanced. As M. Abisatov notes, the current construction of part 4 of article 31 of CC of the RoK equates such different by their nature forms of accompliceship as organized group and criminal association. [23, p. 157]

In Resolution of Supreme Court of the RF dated on July 10, 2010 № 12 “On judicial practice of legal investigation of criminal cases on organization of criminal association (criminal organization) or membership in it” it is said that criminal association (criminal organization) differs from other forms of criminal groups including organized groups, by more complex structure, presence of the goal of joint commitment of grave crimes for obtaining directly or indirectly financial or material benefit, and by possibility of integration of two or more organized groups with the same goal”. [24] A conclusion can be made that in legislative construction of *corpus delicti* provided by article 210 of CC of the RF and in the content of the features of criminal association (criminal organization), mentioned in the given Regulation of Supreme Court of the RF, unity is not its characteristic feature.

Normative regulation of Supreme Court of the RoK № 2 dated on June 21, 2001 “On some issues of applying the legislation on liability for banditry and other crimes, committed in complicity by the courts” says that criminal association differs from organized criminal group and gang by unity and by

the goal of its establishment – for commitment of grave crimes. [25] Criminal association has a greater degree of organization and consists of separate criminal associations or organized criminal groups. Part 4 of article 31 of CC of the RoK and the above mentioned normative regulation of Supreme Court of the RoK provide an obligatory feature of a criminal association (criminal organization) – unity. By Abisatov's opinion, it is inexpedient to indicate unity of a criminal association in a legislative construction, as the notions of unity and organization are synonyms. The feature of unity includes such aspects as unity and unanimity, and these features are not peculiar to a criminal association. [26, p. 156] Investigation practice objectively evidences that, in spite of in outward appearance peaceful coexistence and cooperation of the leaders of organized criminal formations within criminal association they regularly struggle for territories, spheres of influence and financial streams. For example, for this reason at the end of the 90s the most powerful at that time in Kazakhstan criminal association "of Red Diamond" [27, p. 157] broke apart, which consisted of several organized criminal groups and criminal associations. After the murder of the leader of this organized criminal association in Spain in 1998, the leaders of the groups making up the association could not solve the problems of dividing the business, power and spheres of influence, and as a result, this criminal association broke into separate organized criminal groups and criminal organizations.

In present conditions organized crime is a constituent of such complex and global phenomena as economic and connected with it hard political competition owing to working up and dividing economic markets and resources. Under organized criminal activity including, in particular, terrorism and corruption, in fact, invasion of some states into the territories and in other spheres of sovereignty of other countries is realized.

As Sudakova R.N. and Verbovaya O.V. note, accumulation of significant material values in the hands of criminals will inevitably result in the necessity of political provision of their economic interests, and from this – their attempt to control the power in the country, the threat of politicization of organized crime, its intrusion into the sphere of political interests.[28, p. 3]

Therefore, all the said above is an evidence of the necessity to make changes and additions into the criminal legislation. It is necessary to develop and to adopt a complex law "On control of organized crime". Existing criminal legislation should be brought in conformity with international treaties, ratified by the Republic of Kazakhstan, in particular, with UNO Convention against transnational organized crime.

The issue of making changes and additions into procedural criminal law, directed at more precise regulation of introduction the results of investigation into a criminal procedure, giving more significant guaranties

of safety to the subjects of such activity and to the participants of criminal proceedings.

References:

Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденная Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858. «Казахстанская правда» от 27.08.2009 г. № 205 (25949).

Выступление Министра внутренних дел РК С.Баймаганбетова на «Выездном заседании правительственного часа.- Астана.- 26 апреля 2010 года // <http://www.google>

Статистические данные о количестве зарегистрированных преступлений за период с 2003 года по 9 месяцев 2009 года // <http://www.pravstat.kz>.

Наумов А. В., Кудрявцев В. Н., Лунев В. В. Организованная преступность и коррупция в России (1997-1999 гг.). Радел 3 «Региональные особенности судебной практики по делам об организованной преступности в России». - Москва.:2000.-С. 182.

СПС «КонсультантПлюс».

СПС «КонсультантПлюс»

СПС «КонсультантПлюс»

Милоков С. Ф. Криминологическая оценка новейших изменений в УК РФ // Выступление в работе Санкт-Петербургской летней школы молодых преподавателей уголовного права имени профессора Б. В. Волженкина.-28 июня-2 июля 2010 г.

Милоков С. Ф. Криминологическая оценка новейших изменений в УК РФ // Выступление в работе Санкт-Петербургской летней школы молодых преподавателей уголовного права имени профессора Б. В. Волженкина.-28 июня-2 июля 2010 г.

Рогов И. И. «Экономика и преступность».- Алматы.: 1991.-С.9-10.

В Казахстане ужесточат ответственность за участие в ОПГ // [http://www.CA-NEWS\(KZ\)](http://www.CA-NEWS(KZ)).

Основные направления контроля над организованной преступностью // <http://www.Google>.

В настоящее время Республика Казахстан является участником таких влиятельных региональных организаций как Содружество Независимых Государств (СНГ), Организация договора о коллективной безопасности (ОДКБ), Шанхайская организация сотрудничества (ШОС), Евразийское экономическое сообщество (ЕврАзЭС).

Подписан Республикой Казахстан в Минске 22 января 1993г., и ратифицирован 20 апреля 1994 г.

Подписан Республикой Казахстан в Санкт-Петербурге 7 июня 2002 г., и ратифицирован 11 июня 2003 г.

Подписан Республикой Казахстан в Кишине 7 октября 2002 г., ратифицирован 12 июня 2003 г.

Долгова А. И. Организованная преступность, терроризм и коррупция: тенденции и совершенствование борьбы с ним // Организованная преступность, терроризм, коррупция в их проявлениях и борьба с ними. М., 2005.С. 3.

Белоцерковский С. Д. Борьба с коррупцией в аспекте борьбы с организованной преступностью // Российский ежегодник уголовного права.-2007.-№ 2.-С.370.

Долгова А. И. Организованная преступность, терроризм и коррупция: тенденции и совершенствование борьбы с ним // Организованная преступность, терроризм, коррупция в их проявлениях и борьба с ними. М., 2005.- С. 5-6.

Волженкин Б. В. Об ответственности за организованную преступную деятельность на территориях нескольких государств-членов СНГ/Избранные труды.- Санкт-Петербургский государственный университет.-2006.-С. 649.

Волженкин Б. В. Об ответственности за организованную преступную деятельность на территориях нескольких государств-членов СНГ/Избранные труды.- Санкт-Петербургский государственный университет.-2006.-С. 650.

Волженкин Б. В. Действие уголовного закона в пространстве и проблемы борьбы с организованной преступностью // Избранные труды.- Санкт-Петербургский государственный университет.-2006.-С. 652.

Абисатов М. Организованная преступность в Казахстане (современное состояние, тенденции развития, проблемные вопросы, пути их решения). - Алматы.: 2006 г.- С.157.

СПС «КонсультантПлюс».

Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденная Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858. «Казахстанская правда» от 27.08.2009 г. № 205 (25949).

Абисатов М. Организованная преступность в Казахстане (современное состояние, тенденции развития, проблемные вопросы, пути их решения). - Алматы.: 2006 г.- С.156.

Абисатов М. Организованная преступность в Казахстане (современное состояние, тенденции развития, проблемные вопросы, пути их решения). - Алматы.: 2006 г.- С.157.

Судакова Р. Н. «Организованная преступность: понятие и сущность», Известия Национальной Академии наук РК.-1995.-№1.-С.81-88; Вербовая О. В., канд.диссер.- С.3.

NĚKOLIK POZNÁMEK K TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSOB

PETR AULICKÝ

Právnická fakulta, Masarykova universita, Česká republika

Abstract in original language

Článek se zabývá některými aspekty trestní odpovědnosti právnických osob. Reflektuje současnou právní úpravu, historické pozadí a rovněž návrhy de lege ferenda v této oblasti. Taktéž se zabývá mezinárodní komparací trestních úprav v této oblasti a to jak v rámci Evropské unie tak i v USA.

Key words in original language

Právnické osoby, trestní odpovědnost, zaměstnanci, vedení společnosti, pokuta.

Abstract

The article deals with some aspects of the criminal liability of legal entities. It reflects the current legislation, historical background, as well as proposals de lege ferenda in this area. It also deals with international comparisons of criminal liability in this area, both within the European Union and the USA.

Key words

Legal Entities, Criminal Liability, Employees, Managers, Penalty.

V současné době se nachází v Poslanecké sněmovně Parlamentu České republiky vládní návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob; v době psaní tohoto příspěvku neprošel ještě ani prvním čtením a je tak možné se pouze dohadovat, zda jej nepotká trudný osud předchozího návrh na stejné téma z roku 2004, který byl právě již v prvním čtení Poslaneckou sněmovnou zamítnut.

Byť i v rámci České republiky je možné vysledovat snahy o zavedení trestněprávní odpovědnosti právnických osob až osmdesát let nazpět není možné říci, že by se jednalo o institut srostlý s tuzemskou právní kulturou. Obecně se dá dokonce říci, že se nejedná ani o institut původně evropský, nýbrž spíše spjatý s kulturou Common Law, tedy institut spíše angloamerický. Není pravdou, že by Česká republika byla poslední zemí Evropské unie, jež nemá tuto odpovědnost zakotvenu. Náš největší soused a rovněž nejlidnatější a zároveň klíčový stát Evropské unie, Spolková republika Německo, má stejně jako Česká republika zakotvenu tuto odpovědnost pouze v rovině správního práva. V poslední době, tedy přesněji řečeno v horizontu posledních již více než deseti let, je však možné sledovat určitý tlak ze strany mezinárodních a zejména pak evropských struktur k přijetí trestněprávní úpravy. Za všechny je možné zmínit například Trestněprávní úmluvy proti korupci přijatou ve Strasbourgu v lednu 1999,

jež byla Českou republikou podepsána na konci roku 1999, následující rok pak byla ratifikována (č. 70/2002 Sb.m.s.); Úmluva pak nabyla účinnosti tři měsíce po ratifikaci čtrnáctým státem, což se stalo 1. 7. 2002. Tato úmluva výslovně předpokládá i zavedení trestněprávní odpovědnosti právnických osob.

V následujících řádcích bych chtěl porovnat navrhovanou úpravu s úpravou užívanou v rámci právního systému, kde má tato odpovědnost dlouholetou tradici, a to s právní úpravou Spojených států amerických (dále jen USA).

Navrhovaná úprava, tak jak je v současné době předložena Poslanecké sněmovně, vychází z myšlenky speciality trestněprávní odpovědnosti právnických osob vůči „běžné“ trestněprávní odpovědnosti, tedy odpovědnosti osob fyzických, a to včetně následného procesního postupu, jež jsou upraveny v rámci trestního zákoníku a trestního řádu¹. Nejvýrazněji se tato specialita odráží v rámci ustanovení § 7 tohoto návrhu, v němž jsou taxativně vyjmenovány trestné činy, odkazující na jednotlivá ustanovení trestního zákoníku. V rámci přípravy tohoto návrhu byly Ministerstvem spravedlnosti zvažovány dvě možnosti řešení, a to právě jednak výčet trestných činů, za které může být právnická osoba trestně odpovědná, a jednak obecná formulace, podle níž by se trestní odpovědnost vztahovala na všechny trestné činy s výjimkou těch, které nemůže právnická osoba spáchat. Vládou byla nakonec schválena, jak je patrné, varianta první. Právě zde se nachází první významný rozdíl oproti právní úpravě platné v USA. V rámci legislativy USA neexistuje speciální právní úprava upravující trestněprávní odpovědnost právnických osob - za každý trestný čin je tak možné obvinít shodně jak fyzickou tak i právnickou osobu. Další otázka, kterou je třeba řešit, je okruh osob, za jejichž jednání je možné přičítat odpovědnost právnické osobě. V rámci návrhu je toto řešeno v ustanovení § 8 a těmito osobami jsou jednak statutární orgány nebo člen statutárního orgánu, anebo jiná osoba, která je oprávněna jménem nebo za právnickou osobu jednat, dále ten, kdo u této právnické osoby vykonává řídicí nebo kontrolní činnost a nakonec ten, kdo vykonává rozhodující vliv na řízení této právnické osoby, jestliže jeho jednání bylo alespoň jednou z podmínek vzniku následku zakládajícího trestní odpovědnost právnické osoby. Kromě těchto tří základních kategorií může tuto odpovědnost způsobit i zaměstnanec nebo osoba v obdobném postavení, ovšem pouze při plnění pracovních úkolů. A to buď na podkladě rozhodnutí, schválení nebo pokynu orgánů právnické osoby nebo osob shora uvedených, anebo proto, že tyto osoby neprovedly taková opatření, která měly provést podle jiného právního předpisu nebo která po nich lze spravedlivě požadovat, zejména neprovedly povinnou nebo potřebnou kontrolu nad činností zaměstnanců nebo jiných osob, jimž jsou

¹ § 1 odst. 2 Nestanoví-li tento zákon jinak, použije se trestní zákoník nebo jiný zákon vymezující trestné činy a odpovědnost za ně a v řízení proti právnické osobě trestní řád, není-li to z povahy věci vyloučeno.

nadřizeny, anebo neučinily nezbytná opatření k zamezení nebo odvrácení následků spáchaného trestného činu - v tomto případě se dá hovořit o jisté formě objektivní odpovědnosti. Všechny tyto kategorie osob pak při svém jednání musí splňovat jednu ze tří alternativních podmínek - musí je jednat o jednání spáchané jménem právnické osoby, v jejím zájmu nebo v rámci její činnosti. Zde je možné shledat další určitý rozdíl oproti úpravě v USA. I tam je uplatňována tzv. doktrína respondent superior, tedy postup, že právnická osoba je trestně odpovědná za jednání svých statutárních organů, ale i zaměstnanců. Zde musí být však splněny dvě podmínky kumulativně - osoba se jednání musela dopustit v jednak rámci náplně práce a dále jednání té osoby muselo vést k prospěchu právnické osoby. Dá se tak říci, že úprava v USA je v tomto směru náročnější, avšak dle mého názoru i logičtější, neboť dle formálního výkladu české právní úpravy, by měla být právnická osoba odpovědná i za jednání svého statutárního orgánu, pokud jedná sice jejím jménem, avšak sleduje pouze svůj osobní prospěch.

Další otázka se vztahuje k jednání ve spolupachatelství a obdobným formám. Navrhovaná úprava se sice tváří, že na tuto otázku ve svém § 9 pamatuje, avšak pouze zde připomíná, že Byl-li trestný čin spáchán společným jednáním více osob, z nichž alespoň jedna je osoba právnická, odpovídá každá z nich, jako by trestný čin spáchala sama. Ohledně dalších forem součinnosti, je třeba nahlédnout již do subsidiární úpravy v trestním zákoníku. Stejně jako v rámci úpravy v USA i v rámci navrhované české právní úpravy bude možné stíhat právnickou osobu za účast na organizované zločinecké skupině.

Velice zajímavým se jeví ustanovení § 10 návrhu, kde je poměrně široce definována možnost přechodu trestní odpovědnosti právnické osoby s tím, že tato přechází na všechny její právní nástupce. Zde je možné konstatovat, že se jedná o krok zcela správným směrem, který odpovídá jak úpravě v USA, tak zejména nastavenému kurzu v rámci tuzemské právní úpravy a úpravy evropské. V této souvislosti je možné připomenout zejména vývoj v rámci správněprávního trestání v oblasti ochrany veřejné soutěže. Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže totiž v této oblasti neobsahoval až do 31.8.2009 žádnou úpravu, která by otázku přechodu správněprávní odpovědnosti obsahovala. Existující mezera tak musela být řešena judikatorně. Zde je možné odkázat zejména na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č.j. 8 Afs 56/2007 - 479, které velice zajímavým a přínosným způsobem zaceluje mezeru argumentací pomocí obecných principů právních, zejména pak principem zákazu zneužitelnosti práva. Nejvyšší správní soud zde vychází z kautely, že Výkon práva, který je vlastně jeho zneužitím, nemůže požívat právní ochrany² a připomíná zásadu *scire leges non est verba eorum tenere sed vim ac potestatem* (znát

2 viz také např. Knapp, V. Teorie práva. C. H.Beck, Praha, 1995, s. 184-185

zákony neznamena pamatovat si slova, nýbrž jejich smysl a působení), kterou lze vztáhnout na jednotlivé právní předpisy, tak i na právo jako celek. Konkrétně k přechodu odpovědnosti pak uvádí, že „Na jednu stranu lze uvažovat, že možnost přechodu deliktní odpovědnosti ze zaniknuvšího subjektu na jeho nástupce jde proti principu právní jistoty, jelikož jevově je sankcionován subjekt, který nejednal protiprávně, na druhou stranu však určité, byť toliko formálně vzato na právu založené, chování (zákonem aprobovaný zánik soutěžitele) bylo učiněno účelově proto, aby se subjekt vyhnul sankčnímu postihu založenému na porušení práv z jiného (veřejnoprávního) zákona.“ Tento rozpor pak Nejvyšší správní soud řeší pomocí „použití interpretační právně logické zásady *lex specialis derogat legi generali*. Z této zásady plyne, že zákaz zneužití práva je silnější, než dovolení dané právem, a proto takové chování není výkonem práva, nýbrž protiprávním jednáním.“ Následně k 1. 9. 2009 došlo k novelizaci zákona o ochraně hospodářské soutěže, kterou bylo do tohoto zákona nově vtěleno ustanovení § 22b odst. 6, dle kterého „odpovědnost právnické osoby za správní delikt přechází na právního nástupce této osoby jen tehdy, pokud právní nástupce nejpozději v okamžiku vzniku právního nástupnictví věděl nebo vzhledem k okolnostem a k svým poměrům mohl vědět, že se právnická osoba před vznikem právního nástupnictví dopustila jednání, které naplnilo znaky správního deliktu.“ Jedná se tedy o delikt podmíněný naplněním subjektivní stránky, alespoň ve formě nevědomé nedbalost, nicméně důvodová zpráva dodává, že je v zásadě nemožné, aby se právní nástupce porušitele nedozvěděl o případném protiprávním jednání, čímž se v podstatě snižuje význam

subjektivní stránky věci a posiluje objektivní skutkový stav. Přesto, že se jedná o úpravu dopadající na delikt správněprávní a že díky přijaté novelizaci již není rozhodnutí Nejvyššího správního soudu zcela aktuální, jsem přesvědčen, že myšlenky a závěry formulované Nejvyšším správním soudem jsou plně použitelné i pro oblast trestněprávního postihu právnických osob. Nejvyšší správní soud mnohokrát argumentuje tím, že základem pro vyslovení jeho závěrů je to, že je jedná o oblast veřejnoprávní, kam náleží i právo trestní. Nadto v obou případech se jedná o sankční nástroje, tudíž s jistou mírou generalizace je možné říci, že jediný rozdíl je pouze v závažnosti jednání. Všechny úpravy, tedy jak současná úprava zákona o ochraně hospodářské soutěže, tak návrh úpravy zákona o trestní odpovědnosti právnických osob, ale i uváděná judikatura Nejvyššího správního soudu, primárně pracují se situací právního nástupnictví. Tedy v případě právnické osoby se situací, kdy je daná společnost zrušena bez likvidace, tedy v případě sloučení, splynutí nebo rozdělení právnické osoby, převod jmění na společníka, změna právní formy právnické osoby nebo přemístění sídla právnické osoby do zahraničí. Naskytá se však otázka, jak řešit situaci, kdy by právnická osoba - obchodní společnost byla zrušena s likvidací, tedy bez toho aniž by existoval jakýkoliv právní nástupce. Lze si představit situaci, kdy bude společnost s ručením omezením, která spáchá nějaký trestný čin, zrušena ještě před zahájením trestního stíhání (aby došlo

k obejití ustanovení § 32 návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob, který dává orgánům činným v trestním řízení oprávnění přeměně, zrušení či zániku zabránit) bez toho aniž by měla právního nástupce. Osoby, které byly společníky této zrušené společnosti však založily společnost novou, které by měla nejen stejný personální základ, ale i stejný obor činnosti a například stejné sídlo. Dle kautel použitých v rámci shora uváděného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, by bylo možné dovodit, že i v tomto případě, že by bylo jasně dovoditelné, že dané jednání bylo učiněno účelově pouze ve směru vyhnutí se sankci, by zde mohl nastat přechod právní odpovědnosti. Je ovšem otázkou, zda je možné vychylovat ony váhy, na stranu misky trestání obcházení práva ve jménu spravedlnosti oproti principu právní jistoty.

Nakonec je třeba poznamenat alespoň několik vět k otázkám možných sankcí, které zavádí návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob. Jedná se o zrušení právnické osoby, propadnutí majetku, peněžitý trest, propadnutí věci nebo jiné majetkové hodnoty, zákaz činnosti, zákaz plnění veřejných zakázek, účasti v koncesním řízení nebo ve veřejné soutěži, zákaz přijímání dotací a subvencí, uveřejnění rozsudku, kromě toho lze za trestné činy spáchané právnickou osobou uložit jako ochranné opatření zabránit věci nebo jiné majetkové hodnoty. Náplň těchto sankcí neshledávám problémovou, co bych naopak rád zmínil a co mi do jisté míry v navrhované úpravě absentuje, je rozšíření procesních možností v rámci řízení proti právnickým osobám. Dle mého mínění by za úvahu stála možná inspirace právě v úpravě v USA, kde je kromě striktních možností stíhat, či nestíhat (popřípadě v rámci české právní úpravy o existujících odklonech) dána i možnost určité dohody o odkladu stíhání či o nestíhání, při jejichž sjednávání má státní zastupitelství poměrně širokou diskreční pravomoc. V rámci této dohody právnická osoba musí přiznat jednání, vzdát se veškerých promlčecích lhůt, souhlasit, že smlouva bude předložena u soudu, zavázat se ze už nikdy zákon neporuší, dále že pomůže vládě ve stíhání všech jednotlivých pachatelů, dohodnout se, že zaměstnanci nebudou napadat přiznání společnosti a nakonec je v rámci této dohody stanovena částka, kterou je právnická osoba povinna státu zaplatit. V případě nedodržení dohody automaticky dojde k obnovení stíhání.

V mezidobí, než byl tento článek dokončen došlo ke schválení návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob v prvním čtení a nyní se nachází ve čtení druhém, v obecné rozpravě. Bude rozhodně zajímavé sledovat, v jaké konečné formě a zda vůbec bude nakonec přijat.

Literature:

- KNAPP, Viktor. Teorie práva. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 1995. 247 s. ISBN 8071790281.
- rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č.j. 8 Afs 56/2007 - 479

Contact – email

petr.aulicky@seznam.cz

ÚPRAVA ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSOB VE VYBRANÝCH ZEMÍCH LATINSKÉ AMERIKY

LENKA ČIHÁKOVÁ

Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek pojednává velmi stručně o situaci v oblasti Latinské Ameriky, a to co se týče právní úpravy trestní odpovědnosti právnických osob. Především poukazuje na společnou diskuzi na toto téma v této oblasti, pokusy o zavedení jednotné, společné právní úpravy a také konkrétní prostředky, které by k tomu měly sloužit. Dále se příspěvek zaměřuje na právní úpravu v Argentině a v Uruguaji, kterou již blíže popisuje a nahlíží i do právních kodexů těchto dvou zemí.

Key words in original language

Odpovědnost právnických osob, Latinská Amerika, Argentina, Uruguay, trestní právo, sankce, právnická osoba, fyzická osoba.

Abstract

Criminal liability of corporations has recently been quit a frequent issue and also a debatable question. The paper tries to present the situation in selected countries in Latin America, especially Argentina and Uruguay – two countries which are mutual inspiration in almost all areas of law. First the paper presents the situation of regulation of the criminal liability of corporations of each of the two above-mentioned countries and then tries to define individual differences in the legislation of both states.

Key words

Individual criminal liability, Criminal liability of corporations, Economic criminality, Latin America, Argentina, Uruguay, Criminal Law.

Právnícké osoby nejsou z masa a kostí, a přesto mají orgány. Neznají pocity, přesto mají vůli. Jsou neviditelné, a přece jednají a mohou být volané k odpovědnosti za své činy. Nemají bydliště, avšak mají sídlo.¹ A tímto výčtem bychom mohli pokračovat. Odpovědnost právníckých osob byla vždy záležitostí, ve které nebylo snadné dopátrat se jediného správného řešení. Záležitostí, ve které lze snadno najít argumenty jak pro, tak proti jejímu zavedení. Téma trestní odpovědnosti právníckých osob je tématem aktuálním a kontroverzním po celém světě, Latinskou Ameriku nevyjímaje. Pokud budeme zastánci toho, že tradičním pojetím úpravy odpovědnosti právních osob je zásada: *Societas delinquere non potest*, pak jistě budeme moci označit oblast Latinské Ameriky za oblast s tradičním přístupem. Avšak ani této oblasti se nevyhnuly pokusy o zavedení odpovědnosti právníckých osob, jak je tomu dnes v celé Evropě, a tak se i ona potýká v současné době s velmi aktivním přístupem jednotlivých států k řešení této otázky a hledá nejlepší možnou právní úpravu.

Státy Latinské Ameriky se velmi často sdružují do větších či menších organizací, a to ať již za účelem obchodu, tak i např. ochrany lidských práv, rozvoje či dalších záležitostí. ALADI, ALBA, CAN, ALCA, MERCOSUR, UNASUR jsou pouze některými z mnoha dalších organizací, které vznikly na tomto kontinentě za posledních 50 let. Ale ani kulturní blízkost jednotlivých národů, jeden jazyk (s několika výjimkami) a často velmi aktivní přístup některých zemí, nedokázaly překonat jeden z problémů, který provází snahy o nadnárodní právní úpravu – a to střet s právem národním. Přesto se objevily i snahy o unifikaci jednoho z nejcitlivějších odvětví práv², a to v souvislosti s návrhem na vytvoření *Código Penal Tipo para Latinoamérica* (tedy jakýsi vzor trestního kodexu společného pro celou oblast Latinské Ameriky). Tato iniciativa vyšla v roce 1962 z Institutu pro trestní vědu v Chile, kdy došlo k setkání nejvýznamnějších trestních teoretiků z oblasti Latinské Ameriky a ke společné diskuzi. Vytvořilo se fórum, ve kterém měl každý zúčastněný stát své zastoupení, a současně byly vytvořeny komise, které spravovaly jednotlivé státy. Mezi tyto komise pak byla rozdělena požadována témata, např. úprava zavinění, pokusu atd.³

Když se roku 1971 objevil první návrh výše uvedeného dokumentu, trestní odpovědnost právníckých osob nijak neupravoval a zůstával tak

¹ JELÍNEK, Jiří: *Trestní odpovědnost právníckých osob*. Praha: Linde Praha, a.s., 2007, str. 28.

² Nejcitlivější ve smyslu, že toto odvětví je ve většině případů upravováno na národní úrovni a státy jen obtížně předávají své kompetence v oblasti trestního práva.

³ REYNA ALFARO, Luis Miguel: *La unificación del derecho penal: Consideraciones a propósito del Código Penal tipo para Iberoamérica* [online], [cit. 2011-05-12], dostupné z: <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/la-unificacin-del-derecho-penal.html>

věrný zásadě *Societas delinquere non potest*. Avšak vývoj šel dál a již o trochu více než dvacet let později - roku 1994 - se zástupci jednotlivých zemí a institucí shodli na jiném modelu právní úpravy. Zástupci jednohlasně odhlasovali důležitost úpravy tří oblastí: trestního zákona, pojetí trestného činu a právních následků trestného činu. V roce 1996 pak zástupce z Kostariky představil návrh trestní odpovědnosti. Tento návrh obsahoval odpovědnost právnických osob, s výjimkou těch státních, za činy spáchané jejich orgány. Takto formulovaná odpovědnost byla nezávislá na trestní či občanskoprávní odpovědnosti fyzické osoby, pokud by v daném případě bylo možno stíhat také některou z nich. Současně by pak v tomto případě mohla právnická osoba požadovat náhradu škody od fyzické osoby, pokud by té byla vina prokázána. Navrhovanými sankcemi pak byly pokuty, soudní rozpuštění společnosti a soudní dohled nad společností. Současně byl kladen důraz na přístup soudce, který by v takovém případě měl pečlivě zvažovat skutkové okolnosti případu.⁴ Kupodivu ani přes značnou kontroverznost úpravy se návrh nesetkal s žádnou větší diskuzí a byl v podstatě odložen.

Avšak roku 1998 byl představen návrh nový - opět zástupcem Kostariky – společně se zástupci Kuby a Španělska. Tento návrh ve své podstatě vycházel z návrhu předchozího, rozšířil se a upřesnil však značně počet možných sankcí – úplné či částečné pozastavení činnosti (max. však na 5 let), pokutu bylo možno udělit až do výše desetinásobku majetkového prospěchu získaného trestnou činností, zabraní věcí, ztráta případné dávky či některé sociální daně, zveřejnění rozsudku atd. Tentokrát již návrh vyvolal očekávanou rozsáhlou diskuzi. Pro návrh se vyslovili např. zástupci Peru, Argentiny, Mexika, Panamy, a návrh byl schválen, avšak s výhradou dalšího jednání. Problémem se jevila především výše navrhovaných pokut v případě malých společností.⁵

Naplánované setkání v Mexiku roku 1999 se konalo až s dvouletým zpožděním v Kolumbii. Na programu jednání měly tedy být především sankce pro právnické osoby. Avšak již na začátku tohoto 4. setkání se zástupci shodli, že je potřeba provést celkovou revizi předchozího návrhu a to především v následujících bodech: a) kritéria pro přičtení právní odpovědnosti právnickým osobám, b) rozsah odpovědnosti právnických osob, c) hranice odpovědnosti u veřejných orgánů, d) přijetí systému *numerus clausus* u skutkových podstat trestných činů, ze kterých by mohla být právnická osoba odpovědná, e) již zmiňovaná revize sankcí, f) kritéria pro soudní individualizaci trestu a to jak ve svém užším, tak i širším pojetí. Vypracováním třetího návrhu byl pověřen zástupce z Peru, který při

⁴ CARO CORIA, Dino Carlos: *La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano*, [online], [cit. 2011-05-12], dostupné z:

<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/L-h-Rivacoba-CCaro.pdf>

⁵ Tamtéž.

sestavování vycházel především ze vzoru francouzských a švýcarských projektů trestních kodexů či jejich novelizací, dále pak z jednotlivých zákonů či zákonných ustanovení z právních systémů Venezuely, Brazílie či Kuby. Návrh se setkal s bouřivou diskuzí a námitkami, a tak bylo jeho přijetí odloženo na další setkání zástupců. Především bylo vytknuto, že návrh neudává zcela jasné řešení, nijak se nevypořádává s tím, že uložený trest by mohl být uložen tak, že negativní důsledky ponese některá fyzická osoba, která se protiprávního jednání neúčastnila, či dokonce vystupovala proti trestněprávnímu jednání právnické osoby či některého z jejich zástupců. Také byla vyčtena nejasnost při ukládání trestů.⁶

Ani na dalších jednáních nebylo dosaženo konsensu, avšak Komise se vyjádřila, že nutnost boje proti trestné činnosti páchané právními osobami bude hrát aktivní roli při sestavování nových trestních kodexů v latinskoamerických zemích, a tak dříve či později bude jistá forma odpovědnosti právnických osob zavedena, k čemuž by jednotlivým státům Latinské Ameriky mohl sloužit právě vzor úpravy v Código Penal Tipo para Latinoamérica.

Jak je možné si povšimnout z výše uvedeného náčrtu situace v Latinské Americe, objevují se zde snahy zavést odpovědnost právnických osob, avšak tyto narážejí často na tradiční, léty ověřený přístup *Societas delinquere non potest*, a tak dochází k tomu, že při jednáních se často nedosahuje konsensu a celý proces schvalování vhodného řešení se prodlužuje. Samozřejmě je ale nutné si uvědomit, že dosáhnout konsensu na nadnárodní úrovni při tak kontroverzním tématu, jakým odpovědnost právnických osob zcela jistě je, je úkolem nelehkým.

Protože Latinská Amerika je oblastí velmi rozsáhlou, soustředím se dále pouze na právní úpravu dvou států Latinské Ameriky - Argentiny a Uruguaye. Argentinu je možno s počtem 40, 5 mil. obyvatel⁷ zcela jistě zařadit mezi významné státy Jižní Ameriky, a to jak svým významem obchodním, tak i právním. Naopak její „menší sestra“ Uruguay, jak se často obyvatelé Argentiny o Uruguayi vyjadřují, již takový právní ani ekonomický⁸ vliv nemá, o to zajímavější se může jevit ohlédnutí za vývojem její právní úpravy.

Co se týče právní úpravy odpovědnosti právnických osob, pak je nutno konstatovat, že Argentina je velmi dlouhé období věrna tradici *Societas*

⁶ Tamtéž.

⁷ Argentina: Základní informace o teritoriu, internetové stránky BusinessInfo.cz, [online], [cit. 2011-05-13], dostupné z:

<http://www.businessinfo.cz/cz/sti/argentina-zakladni-informace-o-teritoriu/1/1000960/>

⁸ V minulém století došlo v Uruguayi k vážné ekonomické krizi, která silně ovlivnila ekonomický rozvoj na tomto území na velmi dlouhou dobu.

delinquere non potest. Současně ale poté, co vypukla vlna diskuze nad zavedením odpovědnosti právnických osob, začala jak Argentina, tak i ostatní latinskoamerické země, uvažovat o možnosti změny současné právní úpravy. Zavedení odpovědnosti bylo doporučováno již na některých mezinárodních setkáních, především pak z důvodu vysoké míry korupce⁹, která je pro tuto oblast typická. A není to jen korupce, samozřejmě ani Latinské Americe se nevyhnul organizovaný zločin, obchod s návykovými látkami, praní špinavých peněz atd.

Argentina si je těchto problémů vědoma. Soustavně probíhají diskuze, problematice se již několikrát v teoretické rovině věnovaly publikace z několika institutů zabývajících se trestním právem (např. Instituto de Estudios Penales, Instituto de Derecho Penal y Criminologia atd.). Podle profesora Baigúna je před jakoukoli změnou trestního kodexu nutno zvážit všechny možnosti a současně si ujasnit, kterou z teorií trestní kodex převezme. Sám ve své publikaci Trestní odpovědnost právnických osob (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*) udává, že zavedení odpovědnosti právnických osob vyžaduje teorii novou, takovou, která by brala v úvahu dvojí charakter této odpovědnosti. Tento dvojí charakter pak spatřuje v tom, že právnickou osobu je možno vnímat jako jednu nezávislou jednotku, a současně jako jednotku, která je složena z různého počtu fyzických osob. Pro určení odpovědnosti pro fyzické osoby je pak zřejmé, že tato odpovědnost se bude řídit tradiční teorií trestní vědy, avšak při stanovení podmínek pro odpovědnost právnických osob Baigún považuje za klíčové sestavení nové teorie, která by specifickou stránku této oblasti vystihovala nejlépe.

Důležitost a nutnost zavedení tohoto nového systému pro posuzování odpovědnosti právnických osob pak Baigún spatřuje především v tom, že použitím již platné právní teorie odpovědnosti, kterou argentinský trestní kodex používá pro osoby fyzické, by byla porušena zásada rovnosti, protože jistě nelze přistupovat k fyzické osobě zcela stejně jako k právnické osobě. Když již se shodneme na tom, že právnická osoba je schopna páchat trestnou činnost, pak se také zcela jistě shodneme, že nelze odpovědnost postavit na stejných zásadách, jako odpovědnost u osob fyzických. Baigún dále uvádí, že je nutno tento nový systém trestní odpovědnosti právnických osob odlišit od systému odpovědnosti právnických osob v občanském nebo správním právu. Ač uznává, že některé správní sankce mohou mít blízko k těm trestním, teorii odpovědnosti ze správního práva dle něj nelze pro účely práva trestního převzít.¹⁰

⁹Comunicado de prensa, [online], [cit. 2011-05-13], dostupné z: http://www.transparency.org/regional_pages/americas/corrupcion_en_america_latina/americanas_gcb

¹⁰BAIGÚN, David: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Depalma. 2000. 305s.

Baigún také dodává, že v souvislosti s vytvořením teorie trestní odpovědnosti právnických osob je nutné vyřešit i některé další související otázky, jako např. které orgány jednají za právnickou osobu, kdy právnická osoba vzniká, od kdy je možné právnickou osobu zavázat, atd. Jen pro představu uvedu, že zatímco v právní úpravě ČR je zcela zřejmé, že okamžikem vzniku je okamžik, kdy je právnická osoba (obchodní společnost, družstvo) zapsána do obchodního rejstříku, právní úpravu Argentiny lze vyložit jak v užším, tak i širším pojetí - kdy v prvním případě je za okamžik vzniku považována registrace subjektu, v případě druhém postačí vznik zakladatelské listiny.¹¹

Při diskuzích o zavedení trestní odpovědnosti do právního řádu Argentiny je za největší problém považováno to, že případné trestání právnické osoby se dotýká také osob nevinných, popř. těch, kteří s trestnou činností právnické osoby nemají žádnou souvislost, ani se na ní nijak aktivně neúčastnily. K této problematice se vyjádřil např. Schünemann, který uvedl, že pokud podle teorie fikce izolujeme z právnické osoby jednotlivé osoby fyzické – např. v tomto případě akcionáře společnosti – pak je zcela zřejmé, že škodlivé účinky potrestání – např. uložení pokuty – ovlivní v podobě vyplacení nižších dividend také akcionáře, kteří nejenže se nijak aktivně na trestní činnosti nepodíleli, ale ani nemohli nijak zabránit spáchání trestného činu.¹² V souvislosti s tímto výše uvedeným se objevila diskuze, zda je možné vůbec odpovědnost právnických osob v Argentině zavést s ohledem na ústavní zakotvení principu viny. Do současné doby zde tato otázka nebyla dořešena.

Z výše naznačených okolností diskuze směřující k zavedení trestní odpovědnosti právnických osob do práva Argentiny je zřejmé, že trestní právo této země není na tak zásadní krok připraveno. Dle mého názoru avšak není na své cestě ani na úplném začátku. Naopak. Současná situace v Argentině dnes počítá s úpravou odpovědnosti právnických osob ve speciálních zákonech. Mezi tyto „zvláštní trestní zákony“ či „doplňkové zákony k trestnímu zákonu“ lze zařadit následující příklady: Régimen Penal Cambiario - Ley 19.359 („Devizový zákon“), Código Aduanero - Ley 22.415 („Celní zákon“), Ley de Defensa de la Competencia – Ley 25.156 („Zákon na ochranu hospodářské soutěže“) a další. Podle těchto a některých dalších zákonů je možno potrestat právnickou osobu vymazáním z obchodního rejstříku či odejmutím její právní subjektivity. Tyto sankce by se zcela jistě daly považovat - z nabídky sankcí pro případné trestání

¹¹ Tamtéž.

¹² CESANO, José Daniel: *La reponsabilidad penal de la persona jurídica y el derecho comunitario: un caso de tensión constitucional (a propósito de los artículos 2 y 4 del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR)*. [online], [cit. 2011-05-14], dostupné z: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/resp.%20pers.%20jca%20y%20mercosur1.JC.pdf>

právnických osob – za sankce přísnější. Dle mého názoru to poukazuje na to, že Argentina má velmi blízko k zavedení trestněprávní odpovědnosti právnických osob. Zajímavým příspěvkem do diskuze je projev Dr. Baigúna, který se vyjadřuje k zavedení trestní odpovědnosti právnických osob v Argentině trochu skepticky, když uvádí, že není dostačující samotné zavedení – či za současné situace převedení institutu z doplňkových trestních zákonů – do trestního zákona, současné s tím je nutno upravit i procesní stránku, teoretickou stránku a to vše s ohledem také na ústavní právo Argentiny – což dle něj není za současné situace snadným úkolem.¹³

Ani právní úprava sousední Uruguaye nezná trestní odpovědnost právnických osob. Podle trestního zákona je ze spáchání trestného činu odpovědná pouze osoba fyzická. V souvislosti s nárůstem trestné činnosti právními osobami se otázka odpovědnosti stala i zde vysoce aktuální. Diskuze ovšem stále ještě směřuje spíše k možnosti odpovědnosti právnických osob skrze jejich personální zástupce – tedy fyzické osoby. V poslední době se i legislativní návrhy a úpravy soustředily právě na tuto stránku boje proti páčání trestné činnosti právními osobami. Právní úprava je zaměřena především na odpovědnost vedoucích pracovníků, ředitelů, zástupců a jiných osob jednajících za právní osobu. V některých případech jsou následky ze spáchání trestného činu „právní osobou“ (ovšem stále v režimu odpovědnosti pouze fyzické osoby, která za ni jedná) vážnější, než by tomu bylo, kdyby byl trestný čin spáchán „pouze fyzickou osobou“.¹⁴

V souvislosti s vývojem zavedení trestní odpovědnosti právnických osob je možné si všimnout také vlivu evropských zkušeností, především pak té, která má k Latinské Americe stále blízko – španělské. Španělský trestní zákoník z roku 1995 zaváděl tzv. nepravou trestní odpovědnost právnických osob.¹⁵ Tato úprava prošla již jednou novelizací v roce 2003, druhá novela, která změnila znění ustanovení věnujících se odpovědnosti právnických osob, pak nabyla účinnosti koncem minulého roku. Tato novela již zavádí „pravou trestní odpovědnost“, tedy do novelizovaného ust. § 31bis přidává i přímou odpovědnost právní osoby, nikoliv jen jistou formu spoluúčasti právní osoby na plnění fyzické osoby, jak tomu bylo před novelou.¹⁶

¹³ BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* – projev v rámci Universidad de Buenos Aires, [online], [cit. 2011-05-14], dostupné z: http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v_baigun_01.php

¹⁴ MORALES, Paula Algorta: *Responsabilidad de los ejecutivos en las sociedades comerciales*. [online], [cit. 2011-05-14], dostupné z: <http://www.ultimasnoticias.com.uy/consultorio/conjur030610.html>

¹⁵ JELÍNEK, Jiří: *Trestní odpovědnost právnických osob*. Praha: Linde Praha, a.s., 2007, str. 22.

¹⁶ MUÑOZ, Jaime Campaner : *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España a raíz de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2.010, de 22*

Avšak již během několika měsíců po účinnosti nového ustanovení se objevují pochybnosti a kritiky daného ustanovení. Lze tedy očekávat, že Argentina, stejně jako Uruguay, ještě vyčká s přijetím vlastní úpravy do doby, než budou k dispozici výsledky používání španělské úpravy v praxi.

Na závěr je nutno říci, že jak Argentině, tak i Uruguayi je řešení otázky odpovědnosti právnických osob doporučováno dokumenty MERCOSUR – Sdružením volného obchodu, kterého jsou obě země, spolu s Brazílií a Paraguají, členy. Toto sdružení se pokouší o unifikaci trestního práva, ačkoliv je si vědomo toho, jak nesnadné je vytvořit jistou míru unifikace na poli tohoto odvětví. Stanovením společného Código Aduanero del MERCOSUR (Celního kodexu pro MERCOSUR) se pokusilo zavést jistý druh odpovědnosti právnické osoby v oblastní celních otázkách, také stanovilo jistý druh sankcí (penalidades), avšak vzhledem k jeho nezávaznému charakteru zatím nebyla jeho ustanovení do všech právních systémů členských zemí začleněna.

Závěrem lze říci, že vývoj právní úpravy odpovědnosti právnických osob v zemích Latinské Ameriky - Argentině a Uruguayi - trvá. Zavedením jistého druhu odpovědnosti v „doplňkových trestních zákonech“, je právní úprava Argentiny v této otázce dále než Uruguay, která zatím pouze objevuje nutnost řešení této otázky a s danou problematikou se seznamuje. Avšak i tak lze říci, že toto téma je vzhledem k zvyšující se míře ekonomické kriminality, organizovaného zločinu, korupce atd. tématem, které je v obou zemích aktuálně projednáváno.

Literature:

Argentina: Základní informace o teritoriu, internetové stránky BusinessInfo.cz, [online], [cit. 2011-05-13], dostupné z: <http://www.businessinfo.cz/cz/sti/argentina-zakladni-informace-o-teritoriu/1/1000960/>

BAIGÚN, David: Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Buenos Aires: Depalma. 2000. 305s, vlastní překlad.

BAIGÚN, David. La responsabilidad penal de las personas jurídicas – projev v rámci Universidad de Buenos Aires, [online], [cit. 2011-05-14], vlastní překlad, dostupné z: http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v_baigun_01.php

CARO CORIA, Dino Carlos: La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano, [online], [cit. 2011-05-12], vlastní překlad, dostupné z:

<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/L-h-Rivacoba-CCaro.pdf>

de junio: una visión crítica. [online], [cit. 2011-05-14], dostupné z: http://fee.uib.es/digitalAssets/151/151122_cirerol_2.pdf

CESANO, José Daniel: La reponsabilidad penal de la persona jurídica y el derecho comunitario: un caso de tensión constitucional (a propósito de los artículos 2 y 4 del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR). [online], [cit. 2011-05-14], vlastní překlad, dostupné z: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/resp.%20pers.%20jca%20y%20mercosur1.JC.pdf>

Comunicado de prensa, [online], [cit. 2011-05-13], vlastní překlad, dostupné z: http://www.transparency.org/regional_pages/americas/corrupcion_en_america_latina/americanas_gcb

JELÍNEK, Jiří: Trestní odpovědnost právnických osob. Praha: Linde Praha, a.s., 2007, s. 270.

MORALES, Paula Algorta: Responsabilidad de los ejecutivos en las sociedades comerciales. [online], [cit. 2011-05-14], vlastní překlad, dostupné z: <http://www.ultimasnoticias.com.uy/consultorio/conjur030610.html>

MUÑOZ, Jaime Campaner : La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España a raíz de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio: una visión crítica. [online], [cit. 2011-05-14], vlastní překlad, dostupné z: http://fee.uib.es/digitalAssets/151/151122_cirerol_2.pdf

REYNA ALFARO, Luis Miguel: La unificación del derecho penal: Consideraciones a propósito del Código Penal tipo para Iberoamérica [online], [cit. 2011-05-12], vlastní překlad, dostupné z: <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/la-unificacin-del-derecho-penal.html>

Trestní zákon Argentiny a Uruguaje, [online], [cit. 2011-05-15], vlastní překlad, dostupné z: <http://www.iestudiospenales.com.ar/legislacion/codigos/211-codigo-penal-de-uruguay.html>

Contact – email

lenkacihakova@yahoo.com

KRITÉRIUM UKLADANIA "ÚČINNÝCH, PRIMERANÝCH A ODRADZUJÚCICH" SANKCIÍ V KONTEXTE ÚVAH O ZAVEDENÍ TRESTNEJ ZODPOVEDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSÔB

RICHARD FIEBIG

Richard Fiebig, Bratislava, Slovakia

Abstract in original language

V súvislosti s esenciálnym významom problematiky ukladania sankcií v snahe o vytvorenie efektívneho mechanizmu vyvodzovania právnej zodpovednosti právnických osôb za najzávažnejšie formy protispoločenského a protiprávneho konania, kladie článok dôraz na punitívny aspekt jednotlivých teórií a modelov vyvodzovania predmetného druhu zodpovednosti, s akcentom na implikácie pre právne poriadky Slovenskej republiky a Českej republiky.

Key words in original language

trestná zodpovednosť právnických osôb; sankcia; účinné, primerané a odradzujúce sankcie

Abstract

Regarding the essentiality of the issue of sanctions imposing with the objective to establish an effective mechanism to hold legal entities liable for the most serious antisocial and illegal conduct, this lecture emphasizes the punitive aspect of the theories and models of the liability in question, accentuating the implications for the Slovak republic's and the Czech republic's legal orders.

Key words

criminal liability of legal persons; corporate criminal liability; sanction; effective, proportionate and dissuasive sanctions

Úvod

Problematika právnych možností brať na zodpovednosť právnické osoby za konanie, ktoré zakladá u fyzických osôb zodpovednosť za trestný čin sa ocitla počas posledných rokov v centre pozornosti aj v našich podmienkach. Stalo sa tak predovšetkým v súvislosti so zintenzívňujúcim sa charakterom internacionalizácie trestnej činnosti, ale i života spoločnosti ako celku. Neustále rastúci trend cezhraničnej spolupráce smerujúci k vytváraniu medzinárodných či nadštátnych integračných zoskupení v sebe neodlučiteľne zahŕňa priamo úmerne sa zvyšujúcu mieru protiprávnych a protispoločenských aktivít súvisiacich práve s týmto smerovaním.

1. Vyvodzovanie právnej zodpovednosti právnických osôb za konanie, ktoré by v prípade fyzických osôb zakladalo ich trestnú zodpovednosť

Medzinárodná a európska normotvorba, reflektujúc tendencie naznačené v úvode, ukladá svojim adresátom v rámci úsilia o efektívny boj so špecifickými formami najzávažnejšej protiprávnej a protispoločenskej činnosti, majúcej prevažne cezhraničný charakter, častokrát povinnosť kriminalizácie týchto činov. Vo vzťahu k fyzickým osobám nevznikajú pri implementácii predmetných noriem do vnútroštátnych právnych poriadkov väčšie problémy. S rastúcim významom a podielom právnických osôb na protiprávných aktivitách zaväzujú predmetné právne dokumenty medzinárodného i európskeho práva, popri zmienenej kriminalizácii, aj k postihu týchto subjektov, popri dobre etablovaných postupoch týkajúcich sa osôb fyzických, za trestnú činnosť, ktorá je predmetom príslušného právneho prameňa.¹ Práve otázka formy právnej zodpovednosti právnických osôb v prípade spáchania trestných činov fyzickými osobami so zastupovacími, rozhodovacími a kontrolnými oprávneniami vo vzťahu k dotknutej právnickej osobe, alebo pri spáchaní ktorých zanedbali tieto fyzické osoby 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, predstavuje sporný bod predmetného typu právnej úpravy.

Niektoré z predmetných noriem výslovne dávajú zmluvným stranám, resp. členským štátom k dispozícii na výber jednu z troch variant zodpovednosti: trestná, administratívna alebo občianskoprávna. Iné zaväzujú štáty na prijatie opatrení zabezpečujúcich možnosť vyvodzovať zodpovednosť voči právnickým osobám za určité činy, ku kriminalizácii ktorých zaväzujú, a taktiež možnosť následne ukladať takýmto subjektom sankcie trestnoprávneho i mimotrestného charakteru, bez bližšej špecifikácie právnej povahy zodpovednosti právnickej osoby.

V súvislosti s otázkou právneho postihu právnických osôb za páchanie najzávažnejších foriem kriminality bolo vytvorených viacero teoretických koncepcií a do dnešného dňa neexistuje v predmetnej oblasti názorová jednota. V zásade možno rozlišovať štyri² základné modely hľadajúce

¹ Demonstratívny výpočet týchto medzinárodných zmlúv a predpisov Európskych spoločenstiev/Európskej únie obsahuje Dôvodová správa k vládnomu návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len "Dôvodová správa"), parlamentná tlač č. 1487; Pre porovnanie viď aj: Mihálik, M.: Implementácia záväzkov Slovenskej republiky v oblasti zodpovednosti právnických osôb za trestné činy fyzických osôb. s. 787-790; alebo: Dôvodová správa k vládnomu návrhu zákona o trestní odpovednosti právnických osôb a řízení proti nim, sněmovní tisk č. 285/0, 6. volební období

² Prává trestná zodpovednosť, neprává trestná zodpovednosť, hybridná "správno-trestná" zodpovednosť a správno-právna zodpovednosť; viď napríklad: Pavelka, I.: Opravdu nelze

riešenie predmetnej problematiky v podmienkach odlišných právnych odvetví, najmä v závislosti od predmetu ich právnej úpravy v spojení s právnymi tradíciami a zvyklosťami konkrétnej geografickej oblasti³.

Na margo uvedeného je pre úplnosť nevyhnutné uviesť skutočnosť, že doposiaľ žiaden z množstva právne záväzných dokumentov neobsahuje bezpodmienečnú požiadavku zavedenia pravej trestnej zodpovednosti právnických osôb. Na druhej strane však možno z niektorých pomerne jasne vyvodiť dôrazné odporúčanie výberu práve tejto možnosti.⁴ Ba čo viac, ako poukazuje Dôvodová správa, štyri⁵ z množiny spomenutých právnych noriem ukladajú povinnosť uznávania rozhodnutí trestnoprávnej povahy, vydaných cudzími orgánmi vo veciach peňažných sankcií a prepadnutia majetku voči právnickým osobám, orgánmi Slovenskej republiky, čím nepriamo nútia zákonodarcu k prijatiu trestnoprávnej úpravy za účelom vyvarovania sa vzniku diskriminačného stavu.⁶

Voľba právnej formy zodpovednosti právnických osôb je teda, vzhľadom na niektoré fundamentálne odlišnosti jednotlivých právnych poriadkov, tradícií a koncepcii vyvodzovania právnej zodpovednosti za protiprávne konanie, ponechaná na vôľu samotných štátov, medzinárodné a európske právo však tomuto rozhodovaniu stavajú určité mantinely. Jednotlivé členské štáty, alebo zmluvné strany, ktorým bola uložená povinnosť, resp. ktoré prevzali

účinnne riešiť postih právnických osôb za jednání, jež u fyzických osob zakládá jejich trestněprávní odpovědnost, prostředky správního práva? s. 90; alebo Kratochvíl, V.: České a slovenské řešení trestní odpovědnosti právnických osob v roce 2009. s. 119-121

³ Najmarkantnejšie sa odlišnosti v riešení dotknutej otázky prejavujú pri komparácii kontinentálneho a angloamerického právneho systému. Podrobnejšie pre naznačené diferencie viď napríklad: De Maglie, C.: Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law. In: Washington University Global Studies Law Review, 4, 2005, s. 547-566; alebo Zeder, F.: Die Strafbarkeit von juristischen Personen in Europa: Ein Überblick. In: Záhora, J. (ed.), Kert, R. (ed.): Testná zodpovednosť právnických osôb - Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie konanej dňa 12. Novembra 2009, Bratislava: EUROKÓDEX, s.r.o., 2009, s. 17-35, ISBN: 978-80-89447-15-2

⁴ Kratochvíl, V.: České a slovenské řešení trestní odpovědnosti právnických osob v roce 2009. s. 116-118.

⁵ V čase predloženia návrhu zákona Národnej rade SR (12.02.2010) boli pre Slovenskú republiku záväzné: Dohovor Rady Európy o praní špinavých peňazí - 1990 CETS No. 141, Dohovor Rady Európy o praní špinavých peňazí a financovaní terorizmu - 2005 CETS No. 198, Rámcové rozhodnutie Rady o uznávaní peňažných sankcií - 2005 OJ L 76/16 a Rámcové rozhodnutie Rady o uznávaní konfiškácií - 2006 OJ L 328/59; identická situácia platí pre, v súčasnosti Poslaneckou snemovňou prerokúvanú, legislatívnu úpravu v Českej republike, viď: Dôvodová správa k vládnému návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim - Obecná část, sněmovní tisk č. 285/0, 6. volební období

⁶ Dôvodová správa, s. 4; domnievame sa však, že predmetnej požiadavke by bolo možné vyhovieť aj zavedením tzv. hybridnej zodpovednosti, vyplývajúcej z jej povahy, ako ju charakterizuje prof. Kratochvíl vo svojom článku podľa pozn. 4

záväzok vyplývajúci z príslušnej medzinárodnej zmluvy, sú pri zavádzaní zodpovednosti právnických osôb za spáchanie vymedzených trestných činov do vnútroštátnych právnych poriadkov, povinné dbať predovšetkým na oddelenosť a vzťah bez vzájomnej prejudície medzi trestnou zodpovednosťou fyzickej osoby, ktorá trestný čin spáchala a zodpovednosťou právnickej osoby. Ďalším faktorom limitujúcim právnú úpravu predmetnej problematiky je kritérium ukladania "účinných, primeraných a odradzujúcich" sankcií.

Niektoré z predpisov a zmlúv vyžadujúcich zavedenie zodpovednosti právnických osôb dopĺňajú všeobecnú požiadavku na základné vlastnosti sankcií demonštratívnym výpočtom týchto opatrení, ktorých ukladanie má byť umožnené príslušným vnútroštátnym orgánom. Popri obligátnych peňažných sankciách tak obsahujú mnohé pramene katalóg ďalších sankcií, v závislosti od svojho cieľa a povahy objektu, na ochranu ktorého sú prijímané.⁷ Účelom úpravy v medzinárodnom a európskom práve teda nie je predpísať štátom taxatívnym spôsobom zoznam sankcií, ktoré majú ukladať ako právny následok protiprávneho konania. Naopak, predpisy a zmluvy stanovujú určitý súbor minimálnych štandardov, ktorých dodržanie je nevyhnutným a základným predpokladom splnenia si záväzku zo strany štátu, a tým vytvorenia priaznivého prostredia na potieranie závažnej kriminality na medzinárodnej úrovni.

2. "Účinné, primerané a odradzujúce" sankcie

Predmetná formulácia obsahujúca esenciálne charakteristiky sankcií, ktoré majú byť ukladané právnickým osobám za najzávažnejšie formy protiprávneho a protispoločenského konania, navzdory svojej dlhej existencii a frekvencii používania, nie je dodnes presne definovaná. Právne normy nepodávajú legálnu definíciu "účinných, primeraných a odradzujúcich" sankcií. Nerobia tak dokonca ani interpretačné pravidlá, resp. autentické výklady k jednotlivým právnym predpisom či medzinárodným zmluvám.

Štandard chápania predmetnej formulácie zaviedol vo svojom rozsudku v prípade tzv. "Greek Maize" Európsky súdny dvor, keď konštatoval: „...zatiaľ čo voľba trestov zostáva na ich [členských štátov] uvážení, tieto sú

⁷ Medzi ďalšie druhy sankcií, ktoré odporúčajú právne predpisy Európskych spoločenstiev/Európskej únie a medzinárodné zmluvy zaviesť ako postih pre právnické osoby, možno zaradiť: odňatie možnosti poberať verejné výhody alebo podpory; dočasný alebo trvalý zákaz výkonu obchodnej činnosti; uloženie súdneho dohľadu; dočasný alebo trvalý zrušenie prevádzkarní použitých na spáchanie trestného činu; zrušenie rozhodnutím súdu; prepadnutie látok, ktoré sú predmetom trestných činov, nástrojov používaných alebo určených na použitie pri týchto trestných činoch a výnosov z týchto trestných činov, alebo prepadnutie majetku v hodnote zodpovedajúcej týmto výnosom, látkam, alebo nástrojom.

povinné predovšetkým zabezpečiť, aby porušenia komunitárneho práva boli trestané za podmienok, tak hmotnoprávných ako i procesných, ktoré sú analogické podmienkam uplatňovaným pri porušeniach vnútroštátneho práva obdobnej povahy a významu, a ktoré súčasne, v každom prípade zabezpečia účinnosť, primeranosť a odradzujúci charakter trestu“⁸.

V ďalších prípadoch, keď sa Európsky súdny dvor zaoberal vo svojej činnosti otázkami súvisiacimi s predmetnou formuláciou, obmedzil sa väčšinou len na konštatovanie povinnosti národných orgánov implementovať do vnútroštátneho práva sankčné opatrenia dostatočne účinné na naplnenie cieľa príslušného právneho predpisu.⁹

V prípade trestnoprávnej úpravy možno predmetné kritérium označiť za ideologický prvok vyjadrujúci konkrétnu koncepciu trestania, na ktorej sú budované príslušné trestnoprávne sankcie.¹⁰ Od koncepcie trestania zvolenej každým príslušným orgánom, resp. organizáciou, v rámci ňou preferovanej trestnej politiky teda závisí obsah predmetnej formulácie, ktorý sa má transformovať do právneho poriadku štátov zaviazaných k jeho implementácii.

Účel sankcie, zvolený príslušnou entitou v rámci celkovej koncepcie trestania, je determinujúcim faktorom pre povahu sankcii aj podľa Goberta, ktorý výlučné ukládanie peňažných pokút považuje za prejav systému s generálne preventívnou orientáciou; zatiaľ čo kombinácia peňažných pokút s konfiškačnými opatreniami je znakom systému zameraného na odčerpávanie nezákonných výnosov; a nakoniec opatrenia obmedzujúce výkon činnosti právnickej osoby sledujú cieľ prevencie a rehabilitácie.¹¹

Dosiahnutie požadovanej kvality sankčného mechanizmu uplatňovaného voči právnickým osobám závisí taktiež od objektu právnej ochrany konkrétnej právnej normy obsahujúcej záväzok sankcionovania právnických osôb. Odlišné druhy sankcii budú považované za "účinné, primerané a odradzujúce" vo vzťahu k hospodárskej trestnej činnosti a odlišné druhy naplnia stanovené kritériá pri trestných činoch terorizmu. Vzhľadom na široký okruh a diverzitu spoločenských vzťahov chránených jednotlivými právnymi normami zaväzujúcimi štáty k právnemu postihu právnických osôb, je pre poctivé a pochyby nevyvolávajúce plnenie si záväzkov, nevyhnutné zo strany štátov prijať vnútroštátnu úpravu reflektujúcu naznačenú rozmanitosť chránených objektov adekvátnym katalógom sankcií.

⁸ Rozsudok vo veci C-68/88 Greek Maize, bod 24

⁹ Vid' napríklad rozhodnutie vo veci C-54/07 Feryn

¹⁰ Nuotio, K.: Harmonization of Criminal Sanctions in the European Union - Criminal Law Science Fiction. s. 82

¹¹ Gobert, J.: Controlling Corporate Criminality: Penal Sanctions and Beyond. s. 9

Nakoľko právnickú osobu nemožno poslať za mreže, klasické ponímanie sankcionovateľnosti týchto subjektov vychádzalo z možnosti postihovať právnické osoby predovšetkým prostredníctvom peňažných sankcií. Efektívnosť tohto riešenia však bola minimálna, nakoľko pokuty a iné sankcie peňažného charakteru boli považované za pomerne malú cenu za podnikanie. To predstavovalo "vodu na mlyn" odporcov zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb, ktorí argumentovali nepravdepodobnosťou spôsobilosti predmetných opatrení privodiť želaný odradzujúci efekt na vedenie právnických osôb, predovšetkým manažment podnikov.¹² Ako však už v roku 1988 zdôrazňovali Braithwaite a Fisse, bolo by príliš krátkozraké neuvažovať o iných možnostiach sankcionovania právnických osôb a príkladmo uviedli niekoľko možných alternatív: nahradenie prísnych peňažných sankcií povinnosťou emisie cenných papierov spoločnosti, probácia a opatrenia obmedzujúce, resp. zakazujúce výkon činnosti, verejnoprospešná činnosť, nepriaznivá publicita.¹³

3. Právna úprava v Slovenskej republike a v Českej republike

V podmienkach Slovenskej republiky bol po dlhotrvajúcom procese¹⁴, dňa 27.04.2010 v Národnej rade SR prijatý zákon č. 224/2010 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon (ďalej len "TZ") v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov – novela Trestného zákona zavádzajúca tzv. nepravú trestnú zodpovednosť právnických osôb. Na jej základe teda nie je možné vyvodzovať trestnú zodpovednosť za spáchaný trestný čin priamo voči právnickej osobe, a tým vysloviť jej vinu a uložiť trest, avšak, veľmi zjednodušene povedané, za splnenia zákonom taxatívne stanovených podmienok možno právnickej osobe, na základe trestného činu spáchaného fyzickou osobou v špecifickom vzťahu k predmetnej právnickej osobe, uložiť trestnoprávnu sankciu - ochranné opatrenie. Trestný zákon rozlišuje dve ochranné opatrenia, ktoré možno právnickej osobe uložiť:

¹² V tejto súvislosti sa poukazovalo na nevyhnutnosť ukladania peňažných sankcií až do výšky, kedy by spôsobovali neprijateľné vedľajšie účinky na akcionárov, zamestnancov, spotrebiteľov, ba dokonca možno i samotnú ekonomiku. Fisse, B., Braithwaite, J.: The allocation of responsibility for corporate crime: Individualism, collectivism and accountability. s. 499

¹³ Tamtiež, s. 500

¹⁴ Pre ilustráciu strastiplnej cesty ku, v konečnom dôsledku, nie celkom šťastnému riešeniu trestnej zodpovednosti právnických osôb na Slovensku viď napríklad: Burda, E., Kurilovská, L.: Nedostatky v doterajších legislatívnych návrhoch trestnej zodpovednosti právnických osôb. In: Trestná zodpovednosť právnických osôb. Záhora, J. (ed.), Kert, R. (ed.), Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie konanej dňa 12. Novembra 2009, Bratislava: EUROKÓDEX, s.r.o., 2009, s. 157-176, ISBN: 978-80-89447-15-2

- zhabanie peňažnej čiastky v zmysle ust. § 83a TZ - fakultatívne opatrenie, ktorého účelom je sankcionovanie právnickej osoby v prípade spáchania trestného činu, prípadne len jeho pokusu, alebo účasti na trestnom čine fyzickou osobou v špecifickom vzťahu k dotknutej právnickej osobe;
- zhabanie majetku v zmysle ust. § 83b TZ - obligatórne opatrenie, ktorého účelom je odčerpanie majetkového prospechu, ktorý právnická osoba nadobudla v príčinnej súvislosti s trestným činom podľa ust. §58 ods. 2 TZ, prípadne jeho pokusom alebo účasťou na takomto trestnom čine.¹⁵

Z legálnej definície ochranných opatrení podľa ust. §31 ods. 2 TZ vyplýva, že predstavujú ujmu na osobnej slobode alebo majetku odsúdeného alebo inej osoby, ktorej účelom je ochrana spoločnosti pred trestnými činmi, alebo činmi inak trestnými. Na rozdiel od trestov ako nosnej súčasti bipartičnej štruktúry trestnoprávných sankcií plnia ochranné opatrenia v klasickom ponímaní špecifickú funkciu individuálnej prevencie, ujma nimi spôsobená nevystupuje v pozícii funkčnej zložky tohto druhu sankcie, ale iba ako nevyhnutný účinok a morálne odsúdenie páchatel'a taktiež netvorí obvyklý následok uloženia ochranného opatrenia v porovnaní s trestom.¹⁶

Vo vzťahu ku koncepcii nepravnej trestnej zodpovednosti existuje v radoch teoretikov veľké množstvo protichodných názorov. Kritike je podrobovaná predovšetkým ako nekomplexné riešenie, Burda¹⁷ dokonca obdobnú právnu úpravu navrhovanú ešte v roku 2008 označil za "negatívny vrchol všetkých snáh o zohľadnenie trestnej zodpovednosti právnických osôb", práve na základe možnosti ukladať právnickým osobám trestnoprávne sankcie bez definovania ich trestnej zodpovednosti. Jelínek¹⁸ vníma nepravú trestnú zodpovednosť ako slepú uličku, krok nesprávnym smerom vzhľadom na postavenie právnickej osoby v trestnom konaní ako osoby zúčastnenej, ktorej procesná pozícia je nepochybne slabšia, ako v prípade obvineného. Z hľadiska naplnenia kritéria "účinnosti, primeranosti a odradzujúceho

¹⁵ Pre podrobnejšiu charakteristiku predmetných ochranných opatrení viď napríklad: Záhora, J.: Ukladanie trestných sankcií právnickým osobám v Slovenskej republike. s. 15; dostupné z: www.mvcr.cz/soubor/zahora-ukladanie-sankcii-pdf.aspx

¹⁶ Predovšetkým však spoločenské odsúdenie a difamačný účinok sankcie, a predchádzajúceho konania sú v teórii považované za významný aspekt efektívneho modelu vyvodzovania zodpovednosti právnických osôb za konanie, ktoré zakladá u fyzických osôb zodpovednosť za trestný čin. Práve tieto prvky sú totiž nositeľmi generálne preventívneho účinku, a zároveň možnosti dostatočne silného postihu právnickej osoby vykonávajúcej činnosť v konkurenčnom prostredí trhovej ekonomiky, postihujúc jej dobrú povesť. Blížšie napr. Segeš, I.: Koncepcia trestnej zodpovednosti právnických osôb v slovenskom trestnom práve. s. 327; alebo Buell, S.W.: The Blaming Function of Entity Criminal Liability. s. 500-512

¹⁷ Burda, E.: Prečo nám trestná zodpovednosť právnických osôb naháňa hrôzu. s. 1686

¹⁸ Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob v České republice – stále otevřený problém. s. 112

charakteru" sankcií možno uvítať voľbu trestnoprávneho riešenia zabezpečenia zodpovednosti právnických osôb za najzavrhnutejšie druhy protiprávneho a protispoločenského konania. Avšak kvalita súčasnej právnej úpravy nie úplne korešponduje s požiadavkami kladenými predpismi európskeho práva a záväzkami vyplývajúcimi z práva medzinárodného. Predovšetkým právna povaha a druhy sankcií, ktoré môžu byť ukladané právnickým osobám sotva naplnia predmetné kritérium vo vzťahu k širokému spektru objektov, na ochranu ktorých je záväzok kriminalizácie plynúci z dotknutých predpisov a zmlúv určený. Tento nedostatok dokonca zmieňuje aj Dôvodová správa a predznamenáva možnosť zavedenia ďalších ochranných opatrení v závislosti od praktických skúseností a prípadného ďalšieho vývoja právnej úpravy.¹⁹ Podobne aj Záhora považuje nedostatočný katalóg sankcií za jeden z nedostatkov predmetnej úpravy.²⁰

Vo vzťahu k českej právnej úprave je potrebné zmieniť, že v súčasnosti sa nachádzajú v legislatívnom procese - v druhom čítaní Poslaneckej snemovne Vládní návrh zákona o trestní zodpovednosti právnických osôb a řízení proti nim spolu s Vládním návrhem zákona o změně některých zákonů v souvislosti s přijetím zákona o trestní zodpovednosti právnických osôb a řízení proti nim²¹. Uvedené predpisy predstavujú komplexné riešenie predmetnej problematiky v zmysle zavedenia pravej trestnej zodpovednosti právnických osôb najmä s presne vymedzenými podmienkami trestnej zodpovednosti, katalógom trestných činov i trestnoprávnych sankcií²². Ostáva teda len čakať a pozorovať či sa nájde dostatok politickej vôle na zlomenie kliatby efemérnosti predchádzajúcich snáh a prijatie takejto prelomovej úpravy.²³

¹⁹ Dôvodová správa. s. 6

²⁰ Záhora, J.: Ukladanie trestných sankcií právnickým osobám v Slovenskej republike. s. 15; dostupné z: www.mvcr.cz/soubor/zahora-ukladanie-sankcii-pdf.aspx

²¹ Vládní návrh zákona o trestní zodpovednosti právnických osôb a řízení proti nim, sněmovní tisk 285/0; Vládní návrh zákona o změně některých zákonů v souvislosti s přijetím zákona o trestní zodpovednosti právnických osôb a řízení proti nim, sněmovní tisk 286/0, 6. volební období; oba predložené dňa 15.03.2011

²² Navrhovaná česká úprava obsahuje v ust. §15 8 druhov trestov: zrušenie právnickej osoby, prepadnutie majetku, peňažný trest, prepadnutie veci alebo inej majetkovej hodnoty, zákaz činnosti, zákaz plnenia zákaziek verejného obstarávania, účasti v koncesnom konaní alebo na verejnej súťaži, zákaz prijímania dotácií a subvencií a uverejnenie rozsudku; a jedno ochranné opatrenie: zhabanie veci alebo inej majetkovej hodnoty

²³ Predchádzajúca skúsenosť a genéza navrhovaných riešení predmetnej problematiky však nesvedčí o pozitívnych vyhladkach, bližšie vid' napríklad: Jelínek, J.: Trestní zodpovednost právnických osôb v České republice – stále otevřený problém; alebo Kratochvíl, V.: České a slovenské řešení trestní zodpovednosti právnických osôb v roce 2009

Záver

Požiadavka ukladania "účinných, primeraných a odradzujúcich" sankcií trestného alebo mimotrestného charakteru právnickým osobám je od počiatku spojená s problematikou právneho postihu právnických osôb za konanie, ktoré by u fyzických osôb zakladalo ich trestnú zodpovednosť, v prípadoch, keď k tomu zaväzujú medzinárodné zmluvy alebo právne predpisy európskeho práva. Aj napriek, alebo možno práve vďaka neexistencii jednotného vymedzenia obsahu predmetného slovného spojenia musia štáty s dôkladným rozmyslom čeliť dileme voľby najvhodnejšieho riešenia. Pri úvahách a rozhodovaní o voľbe jedného z riešení právnej zodpovednosti právnických osôb za tie azda najťažšie previnenia proti právu a spoločnosti, ktorých sú právnické osoby ako špecifické entity schopné, by sme nemali púšťať zo zreteľa žiadne z kritérií stanovených predovšetkým na medzinárodnej a medzivládnej úrovni. Vnútroštátne právo musí predovšetkým obozretne dbať na dodržanie základných štandardov stanovených pre predmetnú právnu úpravu, v sankčnom zmysle predovšetkým vytvorenie mechanizmu dostatočne účinného na naplnenie cieľa konkrétneho právneho dokumentu. "Účinnosť, primeranosť a odradzujúci charakter" sankcií je preto nevyhnutné posudzovať vždy v úzkej väzbe na cieľ príslušného dokumentu obsahujúceho povinnosť sankcionovania právnických osôb. Efektívna ochrana ohrozených alebo porušených spoločenských záujmov, ktorá v zásade predstavuje primárny cieľ všetkých dotknutých prameňov práva, je determinantom kvality sankčného mechanizmu vytvoreného na základe týchto noriem. Nakoľko medzinárodné a európske právo poskytujú zvýšenú ochranu rozmanitým objektom, je pre ich účinnú ochranu nevyhnutné zabezpečiť sankcionovateľnosť zodpovedného subjektu špecifickými druhmi sankcií, v závislosti od konkrétneho ohrozeného alebo porušeného spoločenského záujmu. Široké spektrum sankcií zodpovedajúce širokému spektru chránených objektov je teda jedným zo základných atribútov účinnej ochrany chráneného spoločenského záujmu, a tým "účinnosti, primeranosti a odradzujúceho charakteru" mechanizmu sankcionovania právnických osôb ako celku.

V týchto intenciách nezáleží na právnej forme zodpovednosti právnickej osoby. Vo všeobecnosti sa však preferuje trestnoprávna, resp. kvázitrestnoprávna cesta, najmä v súvislosti so špecifickým účelom trestu, resp. efektom celého trestného konania na dotknutú právnickú osobu a celú spoločnosť. Predovšetkým spoločenské odsúdenie a difamačný účinok sankcie, a konania predchádzajúceho jej uloženiu, by mali vzhľadom na špecifické postavenie právnických osôb, a ich závislosť na dobrej povesti, zohrávať kľúčovú úlohu pri postihovaní právnických osôb za konanie, ktoré u fyzických osôb zakladá ich trestnú zodpovednosť.

Na základe právnej povahy, spôsobu ukladania a širokého spektra trestných sankcií postihujúcich najvýznamnejšie roviny života a fungovania

právnických osôb, no samozrejme aj vzhľadom na celkový komplexný charakter pripravovanej právnej úpravy pravej trestnej zodpovednosti právnických osôb v Českej republike, v porovnaní so slovenskou platnou a účinnou úpravou možno konštatovať, že české riešenie väčšmi spĺňa kritérium ukladania "účinných, primeraných a odradzujúcich" sankcií. No ako už bolo uvedené v texte príspevku, nateraz ostáva len čakať a sledovať či vôbec, a prípadne do akej miery pozmenená právna úprava bude nakoniec prijatá a nadobudne účinnosť.

Literature:

- Buell, S.W.: The Blaming Function of Entity Criminal Liability. In: Indiana Law Journal, 81, 2006, s. 473-537
- Burda, E.: Prečo nám trestná zodpovednosť právnických osôb naháňa hrôzu. In: Neckář, J. - Radvan, M. - Sehnálek, D. - Valdhans, J. (eds.): Dny práva. Days of law, Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 1603-1608, ISBN: 978-80-210-4733-4
- Fisse, B., Braithwaite, J.: The allocation of responsibility for corporate crime: Individualism, collectivism and accountability. In: Sydney Law Review, 11, 1988, s. 468-513
- Gobert, J.: Controlling Corporate Criminality: Penal Sanctions and Beyond. Web Journal of Current Legal Issues; dostupné z: <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue2/gobert2.html>
- Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob v České republice – stále otevřený problém. In: Záhora, J. (ed.), Kert, R. (ed.): Testná zodpovednosť právnických osôb - Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie konanej dňa 12. Novembra 2009, Bratislava: EUROKÓDEX, s.r.o., 2009, s. 106-113, ISBN: 978-80-89447-15-2
- Kratochvíl, V.: České a slovenské řešení trestní odpovědnosti právnických osob v roce 2009. In: Záhora, J. (ed.), Kert, R. (ed.): Testná zodpovednosť právnických osôb - Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie konanej dňa 12. Novembra 2009, Bratislava: EUROKÓDEX, s.r.o., 2009, s. 114-138, ISBN: 978-80-89447-15-2
- Mihálik, M.: Implementácia záväzkov Slovenskej republiky v oblasti zodpovednosti právnických osôb za trestné činy fyzických osôb. In:

Sehnálek, D. - Valdhans, J. (eds.): Dny práva. Days of law, Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 784-796, ISBN: 978-80-210-4430-2

- Nuotio, K.: Harmonization of Criminal Sanctions in the European Union
- Criminal Law Science Fiction. In: Erling, J. - Strandbakken, A.: Harmonization of Criminal Law in Europe, Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2005, s. 79-102, ISBN: 90-5095-474-X

- Pavelka, I.: Opravdu nelze účinně řešit postih právnických osob za jednání, jež u fyzických osob zakládá jejich trestněprávní odpovědnost, prostředky správního práva? In: Právní rozhledy 19/3, 2011, s. 90-101, ISSN: 1210-6410

- Segeš, I.: Koncepcia trestnej zodpovednosti právnických osôb v slovenskom trestnom práve. In: Právny obzor, 85/4, 2002, s. 321-333, ISSN: 0032-6984

- Záhora, J.: Ukladanie trestných sankcií právnickým osobám v Slovenskej republike. dostupné z: www.mvcr.cz/soubor/zahora-ukladanie-sankcii-pdf.aspx

- Dôvodová správa k vládnemu návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len "Dôvodová správa"), parlamentná tlač č. 1487

- Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, snemovní tisk č. 285/0, 6. volební období

- Rozsudok vo veci C-68/88 Greek Maize

- Vládní návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, sněmovní tisk 285/0, 6. volební období

Contact – email

fiebig.richard@gmail.com

ODPOVĚDNOST SPRÁVCE KORPORACE V ÚPADKU

MONIKA GAZDOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Cílem příspěvku je nabídnout teoretický pohled ekonomické analýzy práva v oblasti správy společností, a to zejména v oblasti odpovědnosti za řádný výkon správy společnosti. Autorka vychází z koncepce, že správcem korporace je ten, kdo je oprávněn jednat jejím jménem, resp. za ni, což je v situaci úpadku korporace nejen osoba insolvenčního správce. Tato koncepce pak následně slouží i pro rozbor odpovědnosti.

Key words in original language

insolvence, insolvenční řízení, společnost, korporace, správa společnosti, insolvenční správce, dlužník, management, statutární orgány, odpovědnost, ekonomická analýza práva, teorie zastoupení, problém zastoupení.

Abstract

The aim of this paper is to offer a theoretical view of Economical analysis of law on the Corporate Governance, especially in the scope of liability of management and trustee. The author takes into account a concept which states the matter of subject entitled to act on behalf of the corporation is not restricted only to a person of a trustee. This notion also serves for analysis of liability.

Key words

Insolvency Act, insolvency proceeding, bankruptcy, insolvency, corporation, company, liability, management, debtor, trustee, agency theory, agency problem, economical analysis of law.

1. ÚVOD

Ačkoliv název příspěvku může budít dojem, že se budu zabývat jen odpovědností insolvenčního správce, není tomu tak, neboť správce¹ je zde chápán ve smyslu zástupce (agent) korporace². Proto je nezbytné si nejprve definovat, jak je chápán správce korporace, proč je osobou odlišnou od vlastníka, kým je ustanovován do funkce a kdo jím vlastně konkrétně je.

¹ Text příspěvku rozlišuje pojmy "správce" a "insolvenční správce", jak bude dále uvedeno.

² Termín "korporace" je používám ve smyslu kapitálové společnosti.

Poté, co nalezneme odpovědi na tyto otázky, je nutné vymezit obsah správy korporace v úpadku a poukázat na rozdíly oproti správě společnosti zdravé. Až následně lze přistoupit k odpovědnosti správce, neboť bez těchto souvislostí by rozbor odpovědnosti za řádnou správu korporace v úpadku neměl smysl. Příspěvek si však neklade za cíl podat komplexní rozbor odpovědnosti správce, nýbrž jen poukázat na určité souvislosti, které bývají někdy opomíjeny, a to v souvislosti s převažujícím chápáním insolvenčního práva jako práva procesního se "střípky hmoty". Příspěvek naopak vychází z názorového postoje, že normy insolvenčního práva dopadající na správu kapitálových společností lze považovat za zvláštní úpravu k právu korporacnímu³, případně i jako jeho vnitřní součást⁴.

Úpadkem korporace, jak je použit v názvu příspěvku a také v dalším textu, mám na mysli stav nastávající po rozhodnutí o úpadku dle § 136 Insolvenčního zákona⁵, ačkoliv jsem si vědoma i existence úpadku faktického. Proto vynechávám otázky ohledně správy korporace, jejího správce a jeho odpovědnosti, jež mají svůj původ zejména v období do rozhodnutí o úpadku (tedy zejména dlužnický insolvenční návrh sledující šikanu věřitelů, odpovědnost za nepodání insolvenčního návrhu, omezení dispozičních oprávnění dlužníka dle § 111 Insolvenčního zákona).

2. SPRÁVCE KORPORACE

Pro vymezení pojmu správce korporace v obecném měřítku⁶ je zásadní informace o stratifikaci vlastnictví⁷, tedy oddělení formálního vlastníka (společníka) od faktického vlastníka, tedy správce. K těmto "vlastníkům" přistupuje ekonomický (residuální) vlastník, jenž má nárok na zbytkový zisk (obrazně řečeno - ten, kdo bere zisk na konci dne). Za předpokladu, že se korporace v úpadku nenachází a nemá závazky vůči věřitelům, jsou ekonomickými vlastníky vlastníci formální, ovšem v případě opačném, kdy věřitelé disponují pohledávkami za korporací, jsou ekonomickými vlastníky právě ti. Ekonomickému vlastníku svědčí právo kontroly, což je zcela pochopitelné, protože tím, že dostane (jen) residuum, nese jak mezní užitky, tak i mezní náklady⁸ jednání správce korporace. Na správce pak lze nahlížet

³ Richter, T., Insolvenční právo, Praha: ASPI, 2008, s. 166.

⁴ Havel, B., Obchodní korporace ve světle proměn, Praha: Auditorium, 2010, s. 22.

⁵ z. č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), dále jen "Insolvenční zákon".

⁶ Tedy nejenom v případě úpadku korporace.

⁷ Výklad založen na Havel, B., Obchodní korporace ve světle proměn, Praha: Auditorium, 2010, s. 25 an.

⁸ Richter, T., Insolvenční právo, Praha: ASPI, 2008, s. 122.

jako na osobu, jež je oprávněna jednat jménem korporace nebo za ni, jedno z jaké pozice.⁹

Stratifikace vlastnické struktury na faktického, formálního a ekonomického správce využívá konceptu teorie zastoupení¹⁰ (agency theory). Jensen a Meckling¹¹ definovali teorii zastoupení jako vztah mezi zástupcem (agentem) a další osobou, příp. více osobami (principal), kde zástupce je povinen pro principála vykonávat určitou činnost¹², ať již dle smlouvy či zákonných pravidel, přičemž tento vztah zahrnuje delegaci určitých rozhodovacích pravomocí z principála na agenta. Teorie zastoupení by však byla bez dalšího doplnění o nákladech zastoupení (agency costs) neúplná, jelikož přirozeností každého živého subjektu je schopnost podlehnout morálnímu hazardu a oportunistickému chování¹³, což se zejména projevuje v případě úpadku korporace, neboť se jedná o poslední kolo hry (end period game)¹⁴ a odpadají tak zmírňující motivace související se snahou o zachování reputačního či jiného vztahového kapitálu¹⁵. Náklady na eliminaci takového chování se výrazně promítají do celkových nákladů zastoupení, přičemž ty jsou určeny¹⁶ jako součet nákladů a) na vytvoření a strukturování zastoupení, b) na monitorování činnosti zástupců, c) na motivaci zástupců k lege artis jednání a d) odpovídající ztrátě, která i přes všechny uvedené vynaložené náklady vznikne (residual loss).

Velmi významnou otázkou je, obzvláště v situaci, kdy se nachází korporace v úpadku, kdo ustanovuje správce do funkce. Ve zdravé korporaci jsou správcem statutární orgány (příp. management¹⁷), kterého ustanovuje ekonomický vlastník - tedy společníci. V případě nemocné korporace se

⁹ Havel, B., *Obchodní korporace ve světle proměn*, Praha: Auditorium, 2010, s. 78.

¹⁰ Havel, B., *Obchodní korporace ve světle proměn*, Praha: Auditorium, 2010, s. 120.

¹¹ Jensen, M. C., Meckling, W. H.: *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure* [online], *Journal of Financial Economics*, 1976, V. 3, No. 4. Dostupné z: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94043>, s. 5.

¹² Je jedno, zda jeho jménem či za něj, toto rozlišení není pro účely příspěvku podstatné.

¹³ Richter, T., *Insolvenční právo*, Praha: ASPI, 2008, s. 43.

¹⁴ Jakson, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Washington, D. C.: BeardBooks, 2001, s. 11.

¹⁵ Richter, T., *Insolvenční právo*, Praha: ASPI, 2008, s. 33.

¹⁶ Dle Havel, B. *Obchodní korporace ve světle proměn*, Praha: Auditorium, 2010, 121. V češtině také Richter, T. *Insolvenční právo*, Praha: ASPI, 2008, s. 46 an. Dále Jensen, M. C., Meckling, W. H.: *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure* [online], *Journal of Financial Economics*, 1976, V. 3, No. 4. Dostupné z: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94043>, s. 5 an.

¹⁷ Pro další potřeby tohoto příspěvku budu z důvodu zjednodušení používat pro faktického správce korporace jen pojmu management (pokud se bude nacházet v pozici správce), ačkoli jsem si samozřejmě vědoma obsahových rozdílů.

však vlastnické právo společníků stává pouhým holým vlastnictvím, jehož trvalost je navíc věcně omezena¹⁸ a na místo reziduálního vlastníka tak nastupují věřitelé. Ti by tedy měli určovat, kdo bude vykonávat funkci faktického správce, ovšem při pohledu na současnou českou insolvenční úpravu tomu tak úplně není.

Insolvenční správce je ustanoven do své funkce rozhodnutím insolvenčního soudu. Věřitelé mají právo na jeho změnu, ovšem až po prvním přezkumném jednání. Na stranu druhou však nemají možnost jeho odvolání, to může učinit pouze soud ze závažných důvodů. Lze i přes výše uvedené přistoupit k insolvenčnímu správci jako k osobě, jež je zástupcem věřitelů? Stanovisko, že správce konkursní podstaty je samostatným procesním subjektem, který má samostatné postavení jak vůči úpadci, tak vůči konkursním věřitelům, a nelze jej považovat za zástupce konkursních věřitelů ani za zástupce úpadce, bylo jak doktrínou¹⁹, tak Nejvyšším²⁰ i Ústavním soudem²¹ potvrzeno. Pro tento závěr by mohl hovořit argument, že insolvenční správce je ustanoven vždy nejprve soudem, nikoli věřiteli; ti pak mají možnost změny. Protiargument však nabízí Tomáš Richter - k přenosu pohledávek věřitelů před insolvenční soud je třeba z čistě mechanického hlediska jistý časový úsek, během kterého musí někdo spravovat majetek - a právě na tuto přechodnou dobu jmenuje insolvenčního správce soud²². Proto není technicky možné, aby byl insolvenční správce jmenován věřiteli od počátku²³. Dalším důvodem, proč by insolvenční správce neměl být zástupcem věřitelů, může být ten, že jej věřitelé nemohou odvolat. Jestliže by však věřitelé disponovali tímto oprávněním kdykoli v průběhu řízení, posílilo by se tím zcela jistě riziko morálního hazardu na straně reziduálního vlastníka, neboť existence možnosti "nápravy" svého rozhodnutí by vedla zcela jistě k menší snaze o opravdu racionální volbu. K tomu přistupuje i riziko procesních průtahů, neboť jak je obecně známo, insolvenční řízení je (mimo jiné) efektivní pouze tehdy, jestliže je časově elastické. Argument, že nemožnost odvolání insolvenčního správce věřiteli nahrává závěru, že insolvenční správce není jejich zástupcem, tak dle mého také neobstojí. Mohu se tak ztotožnit s názorem, že insolvenční správce je zástupcem (agentem) věřitelů, kteří se v případě úpadku korporace stali

¹⁸ Havel, B., *Obchodní korporace ve světle proměn*, Praha: Auditorium, 2010. s. 26.

¹⁹ Eliáš, K., *Konkurs*, Právník, 1995, roč. 134, č. 2, s. 123.

²⁰ Stanovisko Nejvyššího soudu Cpjn 19/98, publikované ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek č. 7/1998.

²¹ Nález Ústavního soudu č. 203/2004 Sb.

²² Richter, T., *Insolvenční právo*. Praha: ASPI, 2008, s. 159.

²³ Nabízí se sice možnost různých koncepcí, kdy by při změně právní úpravy bylo možné zvolit insolvenčního správce primárně věřiteli (např. v případě podání věřitelského návrhu by věřitel současně navrhnul i osobu insolvenčního správce a tuto volbu by musel soud respektovat), ovšem takové jednání by sledovalo spíše oportunismus než společný zájem věřitelů.

reziduálními vlastníky²⁴. Diskuze na toto téma je však stále otevřena, jak je vidno i na komentáři k Insolvenčnímu zákonu²⁵, kde někteří autoři setrvávají v názoru, že insolvenční správce není zástupcem věřitelů ani dlužníka²⁶ (Taranda, Moravec, Hostinský)²⁷, tak je zde zastoupen i názor, že insolvenční správce je zástupcem věřitelů (Smrčka)²⁸.

Insolvenční správce však není jediným subjektem, který může být správcem korporace, jež se nachází v úpadku. Bude jím také management dlužníka, a to zásadně především v období, kdy ještě není ustanoven insolvenční správce či v případě reorganizace. Při ponechání správy korporace v rukou managementu, který společnost s velkou mírou pravděpodobnosti přivedl do úpadku, se nabízí otázka, zda se jedná o správné rozhodnutí (viděno pohledem věřitelů). Mimo to byl management ustanoven do své funkce již bývalým ekonomickým vlastníkem, jenž své postavení ztratil.²⁹ Na druhou stranu zde hraje velkou roli informační asymetrie a také motivace, jež spočívá v udržení si své pozice - management pravděpodobně zahájí insolvenční řízení dříve, když má vyhlídku na udržení si své funkce, než kdyby byl po zahájení insolvenčního řízení okamžitě odvolán³⁰. Obrácenou stranou této motivační pohnutky je však větší náchylnost k morálnímu hazardu, jak bude popsáno dále.

Jestliže vyjdeme z pojetí správce tak, jak jej nastínil Bohumil Havel, a to že správce je osobou oprávněnou jednat za korporaci, popř. jejím jménem, logicky vychází, že přestože věřitelé jakožto reziduální vlastníci mají právo kontroly a berou konečný zisk a mohou ovlivňovat správu korporace, nejsou oprávněni jednat tak, jak správce. Ještě více je vzdálen nastíněné koncepci správce insolvenční soud, který sice dohlíží na celé insolvenční řízení a jeho rozhodnutí jsou pro osud korporace klíčová, ovšem opět není v pozici, kdy bychom mohli říci, že je oprávněn za korporaci jednat."

²⁴ Jakson, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Washington, D. C.: BeardBooks, 2001, s. 101.

²⁵ Z. č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), dále jen "Insolvenční zákon"

²⁶ Že insolvenční správce není zástupcem dlužníka je zcela zřejmé, neboť reziduální nárok společníků zcela zanikl a novým ekonomickým vlastníkem jsou právě věřitelé.

²⁷ Kotoučová, J. a kol. *Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon)*, komentář, Praha: C. H. Beck, 2010, s. 73.

²⁸ Kotoučová, J. a kol. *Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon)*, komentář, Praha: C. H. Beck, 2010, s. 803.

²⁹ Aktuální právní úprava nedovoluje věřitelům v případě, kdy společníci svá práva vykonávají, aktivně ustanovit nový management. Viz Richter, T. *Insolvenční právo*. Praha: ASPI, 2008, s. 150.

³⁰ Podrobněji o argumentech pro a proti ponechání kontroly nad společností v rukou managementu viz Richter, T., *Insolvenční právo*. Praha: ASPI, 2008, s. 146 an.

3. SPRÁVA KORPORACE V ÚPADKU

Jak poznamenává Tomáš Richter, je insolvenční řízení vedené ohledně korporačního dlužníka pokračováním správy korporace jinými prostředky³¹. Obdobně traktuje Bohumil Havel, když uvádí, že společnost je v insolvenčním řízení osekána na pouhý majetek³². Co tedy správa korporace, ohledně níž je vedeno insolvenční řízení, vlastně znamená? Tomáš Richter rozděluje insolvenční řízení na dva paralelní procesy, a to na alokační (nakládání s majetkem korporace) a distributivní (rozdělení výtěžku zpeněžení včetně určení, kdo dostane jakou část), přičemž rozhodování o jednom by nemělo mít žádný vliv na druhé.³³ Za správu korporace v úpadku tak právě můžeme označit všechny úkony, jež se jakkoli týkají majetkové podstaty.

Ve svém důsledku je však hlavním cílem správy majetku korporace co největší uspokojení věřitelů, tudíž při pojetí správy v takto širokém slova smyslu můžeme přijmout závěr, že správou korporace v úpadku je v nejširším slova smyslu rozhodnutí o způsobu řešení úpadku dlužníka. Toto finální rozhodnutí však nečiní správce, který však může rozhodnutí různými kroky ovlivnit (vedle věřitelů), nýbrž insolvenční soud.

Jak moc jsou jednotlivé úkony, které se týkají majetkové podstaty, v diskreci správce, záleží na chuti ekonomických vlastníků, neboť insolvenční právo poskytuje věřitelům relativně velký prostor zapojit se do správy majetku korporace, bohužel téma příspěvku mi nedovoluje se zde rozepsat, ač se jedná o tematiku velmi zajímavou, a to zejména v praxi (např. "spící zajištěný věřitel").

Richter uvádí³⁴, že na otázku, jak naložit s aktivy dlužníka, existují čtyři možné odpovědi: prodej majetku po částech, prodej majetku v celku, ponechání majetku v rukou dlužníka (reorganizace) a kombinace předcházejících variant. V podstatě tak reflektuje mnou naznačenou koncepci, že způsob řešení úpadku je správou majetku korporace v širším slova smyslu.

Se znalostmi nabytými v úvodu této kapitoly pak teze, že správa korporace v úpadku je ve své podstatě jen správou majetku korporace, nikoho nepřekvapí. Insolvenční zákon přichází v souvislosti se správou majetkové podstaty s koncepcí osoby s dispozičními oprávněními³⁵, jenž je oprávněna

³¹ Richter, T., Insolvenční právo. Praha: ASPI, 2008, s. 117.

³² Havel, B., Obchodní korporace ve světle proměn, Praha: Auditorium, 2010. s. 62

³³ Richter, T., Insolvenční právo. Praha: ASPI, 2008, s. 133.

³⁴ Richter, T., Insolvenční právo. Praha: ASPI, 2008, s. 135.

³⁵ § 2, písm. f), Insolvenčního zákona.

s majetkovou podstatou nakládat a spravovat ji. Kdo jí je, ustanovuje dále v závislosti na způsobu řešení úpadku³⁶.

Nabízí se otázka, zda pokud je osobou s dispozičními oprávněními korporace, resp. její management, zda dochází k stratifikaci pravomocí a oprávnění správce mezi insolvenčního správce a management či je správcem pouze management. Dle Insolvenčního zákona se nakládáním s majetkovou podstatou mimo jiné rozumí i právní úkony, jež se týkají majetku náležejícího do majetkové podstaty a také rozhodování o záležitostech podniku³⁷. Je tedy osobou oprávněnou jednat jménem korporace. Z výše uvedeného vyplývá, že insolvenční správce spíše zastává dozorující funkci, než že by byl správcem korporace, toto postavení tak zastává jen management.

Povinnosti insolvenčního správce korporace jsou stanoveny Insolvenčním zákonem v § 36, který požaduje svědomitost a odbornou péči. Musí vyvinout veškeré úsilí, které lze po něm spravedlivě požadovat, aby byli věřitelé uspokojeni v co nejvyšší míře. Jejich společnému zájmu je pak povinen dát přednost před zájmy svými i před zájmy jiných osob. Norma pracuje s otevřených pojmů, jejichž konkrétní obsah judikatura doposud nevymezila³⁸. Vzhledem k tomu, že společný zájem věřitelů je kladen na první místo před zájmy správce i dalších osob, podporuje toto zákonné ustanovení tezi, že insolvenční správce zástupcem věřitelů je.

Management korporace je osobou s dispozičními oprávněními v době od zahájení insolvenčního řízení do rozhodnutí o způsobu řešení úpadku a dále od povolení reorganizace³⁹. Insolvenční zákon stanovuje v hlavě upravující reorganizaci, že pro povinnosti statutárního orgánu platí obdobně výše zmíněné ustanovení upravující povinnosti insolvenčního správce. Management je tak povinen dát přednost společnému zájmu věřitelů před zájmem svým, což naráží na motivaci managementu udržet si místo za každou cenu, jež může vyústit v morální hazard spočívající v riziku přeinvestování (investice do riskantních projektů, u nichž je pravděpodobnost úspěchu nízká, ovšem za předpokladu, že úspěch nastane, vynesou velký zisk)⁴⁰.

³⁶ § 229, odst. 3 Insolvenčního zákona. Určité výkladové problémy působila absence pravidla pro období mezi zahájením insolvenčního řízení a rozhodnutím o způsobu řešení úpadku, ovšem tuto nejasnost odstranilo výkladové stanovisko expertní skupiny s22, dostupné z: <<http://www.insolvenzni-zakon.cz/expertni-skupina-s22/vykladova-stanoviska-expertni-skupiny/vykladove-stanovisko-1.html>>

³⁷ § 228, písm. a) a e) Insolvenčního zákona.

³⁸ Kotoučová, J. a kol. Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), komentář, Praha: C. H. Beck, 2010, s. 74.

³⁹ Viz poznámka pod čarou č. 34.

⁴⁰ Richter, T., Insolvenční právo. Praha: ASPI, 2008. s. 101.

4. ODPOVĚDNOST SPRÁVCE

Po tom, co jsme definovali správce a správu korporace, můžeme konečně přistoupit k otázce jeho odpovědnosti. Vzhledem k zaměření příspěvku se věnuji jen odpovědnosti civilněprávní a trestněprávní ponechávám stranou odborníkům zaměřující se na tuto problematiku.

Než přistoupím k praktickým otázkám odpovědnosti správce korporace, zmíním teoretickou otázku, zda je odpovědnost sankcí či motivací, tedy jinými slovy, zda odpovědnost vnímáme jako hrozbu sankcí či sankci samotnou⁴¹. Tuto úvahu je praktické sledovat při aplikaci pravidel insolvenčního práva, neboť jak již bylo řečeno, insolvenční řízení pro zúčastněné strany znamená poslední kolo hry (end period game) a hrozí tak rizika morálního hazardu.

Důvodová zpráva se k odpovědnosti insolvenčního správce za škodu, jejíž úprava obsažená v § 37 Insolvenčního zákona se prostřednictvím ustanovení § 330, odst. 1 Insolvenčního zákona použije také i na management dlužníka, vyjadřuje tak, že se jedná o nově koncipovanou odpovědnost na principu obdobném tomu, jakým odpovídají statutární orgány obchodních společností za škody a jiné újmy způsobené porušením povinností⁴². V § 8 ZKV⁴³ byla odpovědnost správce podstaty upravena jen obecně, tudíž při její praktické aplikaci bylo třeba použít⁴⁴ § 420 Občanského zákoníku⁴⁵, který však má odpovědnost postavenou na subjektivním principu, tedy jedním z předpokladů vzniku odpovědnosti za škodu je i zavinění.

Naproti tomu je odpovědnost v Insolvenčním zákoně upravena jinak. Otázkou však je, zda se jedná o odpovědnost subjektivní či objektivní. Vzhledem k obrácenému důkaznímu břemenu (správce se odpovědnosti může zprostit jen tehdy, prokáže-li rozhodující skutečnosti), můžeme uzavřít, že se jedná o odpovědnost objektivní. Jako předpoklady vzniku odpovědnosti lze formulovat následující: protiprávní jednání, vznik škody, kauzální nexus a neexistence okolností vylučující odpovědnost (škodě ani jiné újmě správce nemohl zabránit ani při vynaložení veškerého úsilí, které po něm bylo možné spravedlivě požadovat se zřetelem k průběhu insolvenčního řízení). Odpovědnost správce za škodu je však v

⁴¹ Podrobněji viz Havel, B., *Obchodní korporace ve světle proměn*, Praha: Auditorium, 2010, s. 123.

⁴² Důvodová zpráva k insolvenčnímu zákonu, k § 36 a 37, dostupné z:

<<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=4&CT=1120&CT1=0>>

⁴³ z. č. 328/1991 Sb., o konkursu a vyrovnání (dále jen "ZKV").

⁴⁴ Kotoučová, J. a kol. *Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon)*, komentář, Praha: C. H. Beck, 2010, s. 77.

⁴⁵ z. č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník.

Insolvenčním zákoně upravena nejen pro případy, kdy správce způsobí škodu tím, že poruší povinnosti uložené mu zákonem nebo soudem či při nepostupování s odbornou péčí, nýbrž oproti ZKV rozšířena i na další případy (správce odpovídá i za osoby, které použil k plnění svých úkolů, dále za určitých okolností odpovídá za škodu vzniklou tím, že pohledávka za majetkovou podstatou nebyla uhrazena⁴⁶). V insolvenčním zákoně jsou také stanoveny promlčecí lhůty, které mají obdobnou úpravu jako v právu občanském.

Insolvenční správce je povinen uzavřít smlouvu o pojištění odpovědnosti za škodu⁴⁷; splnění této povinnosti je také vyžadováno zákonem. č. 312/2006 Sb., o insolvenčních správcích. Příznivý ekonomický efekt pro poškozené subjekty je zřejmý, obrácenou stranou mince je ovšem riziko morálního hazardu na straně insolvenčního správce. Naproti tomu management dlužníka smlouvu o pojištění odpovědnosti za škodu mít uzavřenou nemusí.

Literature:

Richter, T., Insolvenční právo, Praha: ASPI, 2008. 472 s. ISBN 978-80-7357-329-4.

Havel, B., Obchodní korporace ve světle proměn. Praha: Auditorium, 2010. ISBN 978-80-87284-11-7. 196 s.

Jakson, T. H., The Logic and Limits of Bankruptcy Law, Washington, D. C.: BeardBooks, 2001. 287 s. ISBN 1-58798-114-9.

Jensen, M. C., Meckling, W. H.: Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure [online], Journal of Financial Economics, 1976, V. 3, No. 4. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94043

Kotoučová, J. a kol. Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), komentář, Praha: C. H. Beck, 2010. 1100 s. ISBN 978-80-7400-320-2.

Eliáš, K., Konkurs, Právník, 1995, roč. 134, č. 2.

Easterbrook, F. H., Fischel, D. R., The Economic Structure of Corporate Law, Harward: Harvard Univerzity Press, 1996. 370 s. ISBN 0-674-23539-8.

⁴⁶ Viz ustanovení § 36, odst. 2 a 3 Insolvenčního zákona

⁴⁷ § 23 Insolvenčního zákona.

Stanovisko Nejvyššího soudu Cpjn 19/98, publikované ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek č. 7/1998.

Nález Ústavního soudu č. 203/2004 Sb.

Důvodová zpráva k insolvenčnímu zákonu, k § 36 a 37, dostupné z:
<<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=4&CT=1120&CT1=0>>

Contact – email

monika.gazdova@gmail.com

OŽEHAVÉ OTÁZKY ZASTOUPENÍ SPOLEČNOSTÍ S RUČENÍM OMEZENÝM (CONTROVERSIAL ISSUES OF REPRESENTATION OF LIMITED LIABILITY COMPANIES)

KATEŘINA HAJNÁ, PETRA JELÍNKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita v Brně, Česká republika

Abstract in original language

V tomto příspěvku se autorky věnují otázce smluvního zastoupení společnosti s ručením omezeným, a to konkrétně možnosti udělování generální plné moci a speciální plné moci k zastupování společnosti s ručením omezeným mezi jednatelem. Autorky si ve svém příspěvku kladou za cíl zejména upozornit na dílčí kontroverzní otázky smluvního zastoupení obchodních společností, a to při konkrétní aplikaci závěrů analýzy jednání jednatele na základě plné moci.

Key words in original language

Smluvní zastoupení, generální plná moc, speciální plná moc, společnost s ručením omezeným, jednatel.

Abstract

In the thesis, the authors analyze possibility of contractual representation of a limited liability company, in particular possibility of granting a general power of attorney and special power of attorney by an executive director to another one. In the thesis, the authors aim to draw the attention to particular controversial questions of representation of companies based on power of attorney applying the conclusions to possibility of an executive director acting under a power of attorney.

Key words

Contractual representation, General Power of Attorney, Special Power of Attorney, Limited Liability Company, Executive Director.

Zastoupení obchodních společností je problematikou komplexní a zajímavou. V tomto příspěvku se autorky věnují některým aktuálním otázkám smluvního zastoupení, a to konkrétně možnostem udělováním generální a speciální plné moci mezi jednatelem.

Otázky smluvního zastoupení společnosti s ručením omezeným, resp. obchodních společností, analyzované v příspěvku se dotýkají tématu konference dílčím způsobem, nicméně autorky považují analyzované právní

problémy za natolik aktuální a důležité, že se rozhodly věnovat se ve svém příspěvku právě jim

K sepsání příspěvku zabývajících se zejména problematikou udělování plných mocí k jednání za společnost mezi jednatelem a odpovědností z této skutečnosti vyplývající přivedl autorky poměrně nový rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. ledna 2011 sp. zn. 32 Cdo 4133/2009.

Tento rozsudek ze začátku tohoto roku nepředstavuje závratnou změnu právního názoru k otázce možnosti zastoupení obchodní společnosti členy jejího statutárního orgánu na základě plné moci. Nejvyšší soud se otázkou udělování plných mocí mezi členy představenstva zabýval několikrát již dříve (Srovnej například dřívější rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31.3.2009 29 Cdo 1227/2007 a rozhodnutí ze dne 24. dubna 2007 sp. zn. 29 Odo 1082/2005.). Rozsudek sp. zn. 32 Cdo 4133/2009 z ledna tohoto roku však opět prokazuje, jak nejednoznačná je teorie smluvního zastupování obchodních společností členy statutárního orgánu a jak odlišně je tato otázka vnímána odbornou veřejností. To dokládá i skutečnost, že byla otázka možnosti zastoupení obchodní společnosti členy jejího statutárního orgánu na základě plné moci dostala po několikáté k řešení až k Nejvyššímu soudu.

Z rozhodovací praxe Nejvyššího soudu vyplývají ohledně udělování plné moci mezi členy statutárního orgánu mj. následující závěry:

1. Člen statutárního orgánu nemůže udělit generální plnou moc jinému členovi statutárního orgánu, a to ani pokud by plná moc byla udělena způsobem, jakým statutární orgán jedná za společnost, a to ani členovi představenstva, ani třetí osobě.
2. Je možné, aby člen statutárního orgánu, příp. členové statutárního orgánu, kteří jsou oprávněni jednat jménem společnosti, udělili speciální plnou moc ke konkrétnímu právnímu úkonu, a to jak jinému členovi představenstva, tak třetí osobě.

Tyto závěry podpořené rozhodnutím Nejvyššího soudu sp. zn. 32 Cdo 4133/2009 nám poslouží jako základ pro následující hypotézy týkající se jednání společnosti s ručením omezeným, které budeme v příspěvku ověřovat:

1. Udělení generální plné moci mezi jednatelem není přípustné.
2. Je možné, aby jednatel udělil speciální plnou moc jinému jednatelem určitému právnímu úkonu.
3. I v případě udělení speciální plné moci k určitému úkolu jednatelem jinému jednatelem jedná takto zmocněný jednatel jako statutární zástupce společnosti, a nikoliv jako zástupce na základě plné moci.

1. GENERÁLNÍ PLNÁ MOC UDĚLENÁ MEZI JEDNATELI JE NEPLATNÁ

Udělením generální plné moci mezi jednatelem zamýšlí jeden jednatel zplnomocnit jiného jednatele ke všem úkonům, ke kterým je z výkonu své funkce oprávněn. V případě jednatelů mohou nastat dvě výchozí situace:

1. každý jednatel ve společnosti je oprávněn jednat za společnost samostatně; nebo
2. ve společnosti je více jednatelů a jednat za společnost může vždy jen více jednatelů společně.

Nastíníme-li konkrétní situaci, v první případě by jednatel zplnomocňoval jinou osobu, a to jiného jednatele či třetí osobu k tomu, aby za něj činila jakékoliv právní úkony, ke kterým je oprávněn v rámci výkonu své jednatelské funkce. Pokud je ve společnosti jednatelů s oprávněním jednat samostatně více, je udělení generální plné moci k zastupování společnosti mezi jednatelem navzájem bezúčelné. Relevantní otázkou však zůstává, proč by nemohl jednatel oprávněný jednat za společnost samostatně udělit generální plnou moc jiné třetí osobě.

Ve druhém případě pak může dojít k situaci, kdy jeden jednatel zplnomocní druhého, aby jednal za společnost nejen z titulu svého jednatelského oprávnění jako člen statutárního orgánu, ale také jako smluvní zmocněnec v zastoupení. V tomto případě vyvstává otázka, zda je možné tímto způsobem obejít vůli společníků, kterou vyjádřili ve společenské smlouvě, resp. ve stanovách, aby společnost vždy jednala více jednatelem zároveň.

Ve druhém případě může dále dojít k situaci, že generální plnou moc udělí jednatelé způsobem, jak jsou oprávněni za společnost jednat, a to pouze jednomu z nich. Motivací pro udělení takové plné moci může být například snaha o zjednodušení administrativy při jednání za společnost, či větší flexibilita společnosti při uzavírání smluv apod. (V praxi se například může stát, že společnost má zahraniční a zároveň české jednatele, přičemž oprávnění jednat za společnost je vždy více jednatelů zároveň, aby bylo minimalizováno riziko zneužití jednatelského oprávnění. Někteří jednatelé však bývají často na pracovních cestách, což v určitých chvílích paralyzuje společnost při uskutečnění důležitých obchodů, jež vyžadují rychlé jednání společnosti. Je proto pochopitelná snaha společnosti o udělení generální plné moci některému z jednatelů k právním úkonům určitého charakteru, do určitého limitu apod.)

Z ustanovení § 66 odst. 2 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, v platném znění (dále také jen **ObchZ**) vyplývá, že závazek k výkonu jednatelské funkce má osobní charakter. (K tomu srovnej například in

Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 10., podstatně rozšířené vydání. Praha: C.H.Beck, 2005, s. 212 an.) Jednatel jako statutární orgán má ve svých rukou široké pravomoci, ty jsou však vyváženy tzv. kvalifikovaně vyšší mírou odpovědnosti, neboť jednatel je povinen jednat s péčí řádného hospodáře dle ustanovení § 194 odst. 5 ObchZ. Tato povinnost je obecnou povinností, která postihuje obecně jakékoliv jednání jednatele a dopadá na jednání a právní úkony jednatele, které zákonodárce nemohl předvídat, jelikož praktický život obchodních společností je často o několik kroků před zákonnou úpravou. Jednatel dle ustanovení § 194 odst. 5 ObchZ odpovídá společnosti za škodu, kterou společností způsobil v důsledku porušení některé jeho, byť obecné, povinnosti, a dle ustanovení § 194 odst. 6 ObchZ také ručí věřitelům za závazky společnosti, jestliže mj. neuhradil své závazky vůči společnosti z titulu náhrady škody, kterou společností způsobil.

Bylo by obcházením zákona a obcházením vůle společníků obsažené ve společenské smlouvě, resp. ve stanovách společnosti, pokud by jednatel oprávněný jednat samostatně přenesl prostřednictvím generální plné moci výkon svého jednatelského oprávnění na jinou třetí osobu. Stejně závěry je také nutné aplikovat na druhou situaci uvedenou výše, a to udělení generální plné moci jednatelem způsobem, jakým jsou jednatele oprávněni za společnost jednat, jednomu z jednatelů. Bylo by pak porušeno tzv. pravidlo čtyř či více očí (K tomu blíže srovnej např. rozhodnutí Nejvyššího soudu publikované ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod číslem 76/2009.).

Pro úplnost je nutné uvést, že ze stejných důvodů také nelze udělit generální plnou moc k výkonu jednatelského oprávnění třetí osobě.

Z výše uvedených důvodů proto uzavíráme, že je udělení jakékoliv generální plné moci jednatelem či více jednatelem neplatné.

2. JE MOŽNÉ, ABY JEDEN JEDNATEL UDĚLIL PLNOU MOC JINÉMU JEDNATELI K URČITÉMU PRÁVNÍMU ÚKONU.

Možnost udělit jedním jednatelem druhému jednatelem speciální plnou moc zákon výslovně nezakazuje ani nepovoluje. V praxi si však lze představit situaci, kdy je pro uskutečnění obchodní transakce nutný podpis smlouvy, avšak jeden z jednatelů oprávněných jednat za společnost nebude moci být přítomen podpisu, přičemž jednat za společnost je oprávněno jen více jednatelem společně.

Pro tyto případy existuje relativní právní jistota, že jednatele mohou, způsobem, jakým jsou oprávněni jednat za společnost podle společenské smlouvy či stanov, udělit individuální plnou moc jednomu z jednatelů, aby právní úkon učinil, neboť Nejvyšší soud výslovně judikoval, že udělení individuální plné moci ke konkrétnímu úkonu jedním jednatelem druhému

je možné. (K tomu blíže srovnej odůvodnění rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 25. ledna 2011 sp. zn. 32 Cdo 4133/2009.)

Tento závěr je také v souladu se soukromoprávní zásadou, co není zákonem zakázáno, je dovoleno.

3. I V PŘÍPADĚ UDĚLENÍ SPECIÁLNÍ PLNÉ MOCI K URČITÉMU ÚKOLU JEDNATELEM JINÉMU JEDNATELI JEDNÁ TAKTO ZMOCNĚNÝ JEDNATEL JAKO STATUTÁRNÍ ZÁSTUPCE SPOLEČNOSTI, A NIKOLIV JAKO ZÁSTUPCE NA ZÁKLADĚ PLNÉ MOCI.

Pro ověření této hypotézy je nutné zamyšlení nad vztahem mezi smluvním zastoupením na základě plné moci uvedeném v ustanovení § 21 an. zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, v platném znění, tak i nad jednáním jednatele jako přímým jednáním společnosti.

Jednat za někoho na základě plné moci znamená jednat jménem zastoupeného s účinky směřujícími vůči zastoupenému. Z jednání na základě plné moci je odpovědný zastoupený, nikoliv zástupce. Zmocněnec nese odpovědnost jen za jednání, kterým překročí své oprávnění, pokud zmocnitel dané překročení dodatečně neschválí (tzv. nezmocněné jednatelství).

I když jsme výše ověřili hypotézu o možnosti udělení plné moci mezi jednatelem k určitému právnímu úkonu, z pohledu zákonné úpravy o smluvním zastoupení se jednatel jako zmocnitel nevyhne své odpovědnosti v případě, kdy dané jednání druhým jednatelem jako zmocněncem bude v rozporu s obecnou povinností jednat s péčí řádného hospodáře, neboť zmocnitel za jednání, je-li činěné v rozsahu zmocnění, odpovídá jako by jednal sám.

Tento dílčí závěr se však prolamuje ihned poté, co budeme jednotlivé zákony zvažovat komplexně, a tedy budeme zvažovat i obchodní zákoník, konkrétně pak ust. § 133 odst. 1 ObchZ ve spojení s ust. § 194 odst. 5 a 6 ObchZ.

Dle ustanovení 133 odst. 1 ObchZ je zřejmé, že jednání jednatele za společnost je přímým jednáním společnosti, tedy jedná-li jednatel, jde o jednání samotné společnosti. Udělením plné moci jednatelem či jednatelem způsobem, jaký jsou jednatele oprávněni jednat za společnost, by tedy teoreticky mohlo dojít ke změně charakteru jednání za společnost – namísto přímého jednání za společnost by byl právní úkon učiněn v režimu smluvního zastoupení. To však závěr Nejvyššího soudu vylučuje. Nejvyšší soud s odkazem na své dřívější rozhodnutí publikované ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek č. 76/2009 odkazuje na svou konstantní

argumentaci k odůvodnění tohoto závěru. Nejvyšší soud odkázal na svou argumentaci ohledně kvalifikované odpovědnosti členů statutárního orgánu při výkonu svého jednateelského oprávnění. (K tomu srovnej blíže odůvodnění rozhodnutí uveřejněného ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod číslem 76/2009.)

Jednatel má v průběhu celého období výkonu své funkce povinnost jednat s péčí řádného hospodáře. Tato povinnost je obecnou povinností, která se váže k jakémukoliv jednání jednatele v rámci jeho jednateelského oprávnění. Dle ustanovení § 194 odst. 5 ObchZ jednatel odpovídá za škodu, kterou svým porušením povinností způsobil společnosti, a dle ustanovení § 194 odst. 6 ObchZ ručí za závazky společnosti (jak je blíže popsáno výše).

Vyšší kvalifikovaná míra odpovědnosti jednatele spočívá hlavně:

1. v obecné povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře, která podle našeho názoru spočívá zejména ve splnění následujících podmínek:

- jednání podle nejlepšího vědomí a svědomí;
- jednání na základě rozumného uvážení; a
- jednání musí mít za cíl prospěch společnosti.

Jedná se o povinnost, která musí být splněna u jakéhokoliv jednání jednatele při výkonu funkce, kdy v případě jejich porušení odpovídá jednatel společnosti za škodu, kterou tímto svým porušením společnosti způsobí.

2. V ručení za závazky společnosti podle ustanovení § 66 odst. 2 ObchZ. Až do doby splnění své povinnosti uhradit škodu, kterou svým jednáním společnosti způsobil, ručí jednatel za závazky společnosti podle poměru jeho účasti na způsobené škodě.

Jednatel tedy po celou dobu výkonu své funkce odpovídá za jednání související se společností na základě vyšší kvalifikované úrovně odpovědnosti, a to bez ohledu, zda je k určitému úkonu zmocněn jiným jednatelem či jedná jako jednatel sám.

V obou případech je jeho jednání přímým jednáním společnosti a jako takové musí být také hodnoceno co právních důsledků jeho jednání na základě zplnomocnění uděleného jiným jednatelem, resp. jednatelem. Jeho odpovědnost pak musí být vždy odpovědností člena statutárního orgánu, a nikoliv odpovědností zástupce jednajícího na základě (speciální) plné moci.

ZÁVĚR

Závěry daného rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 25. ledna 2011 pod sp. zn. 32 Cdo 4133/2009, které se zabývalo společností akciovou, lze zásadně aplikovat na jednatele jako člena statutárního orgánu společnosti s ručením omezeným. Autorky vycházejí ze dvou základních situací, a to:

- Ve společenské smlouvě společnosti s ručením omezeným, resp. ve stanovách, není způsob jednání za společnost upraven, použijí se tedy podpůrná ustanovení zákona a každý jednatel je oprávněn jednat za společnost samostatně.
- Ve společenské smlouvě společnosti s ručením omezeným, resp. ve stanovách, je upraven způsob jednání za společnost tak, že za společnost jedná vždy několik jednatelů společně.

V obou případech pak autorky dochází k následujícím závěrům:

1. Udělení generální plné moci jednatelem za účelem přenosu svých jednatelských oprávnění není možné, a to ani pokud je plná moc udělena způsobem, kterým jednatel, resp. jednatele jedná za společnost.
2. Udělení speciální plné moci jednatelem ke konkrétnímu právnímu úkonu je možné, a to jak jinému jednateři, tak třetí osobě, a to za podmínky, že plná moc je udělena způsobem, jakým je jednatel, resp. jednatele oprávněn jednat za společnost.
3. Režim odpovědnosti zmocněného jednatele je režim odpovědnosti člena statutárního orgánu, a nikoliv odpovědnosti zástupce jednajícího na základě plné moci.

Pokud může za společnost jednat pouze více jednatelů společně, není možné, aby jeden jednatel udělil plnou moc druhému a tím obešel požadavek společného jednání více jednatelů za společnost navenek, a to předně z důvodu obcházení tzv. principu čtyř očí, který je upraven ve společenské smlouvě, resp. ve stanovách. Speciální kvalifikovaná úprava jednání jednatelů ve společenské smlouvě, resp. ve stanovách, bývá motivována požadavkem společníků na vyšší míru kontroly podstatných právních úkonů při jednání za společnost.

Literature:

- Dědič, J., Štenglová, I., Čech, P., Kříž, R. Akciové společnosti. 6., přepracované vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, 944 s., ISBN 978-80-7179-587-2.
- Dvořák, T. Společnost s ručením omezeným. Praha: ASPI Publishing, 2002, ISBN 978-80-7357-344-7.

- Eliáš, K. - Bartošíková, M. – Pokorná, J. a kolektiv. Kurs obchodního práva: právnické osoby jako podnikatelé. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005, 653 s, ISBN 80-7179-391-4.
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 10., podstatně rozšířené vydání. Praha: C.H.Beck, 2005, 1532 s. ISBN 80-7179-346-9.

Contact – email

108110@mail.muni.cz, 133361@mail.muni.cz

PARENTAL, SUCCESSIVE AND PASSED-ON LIABILITY OF UNDERTAKINGS FOR ANTITRUST FINES

ANDRAS HORVATH

Eotvos Lorand University Budapest

Abstract in original language

A versenytörvény célja, hogy elrettentő hatást fejtessen ki. A kellő visszatartó erő elérése érdekében e bírságokért való felelősség kiterjesztésre került. Egyrészt a leányvállalatok által elkövetett jogsértés miatt kiszabott versenytörvényi bírságokért azon anyavállalatok (is) felelősek, melyek potenciálisan képesek befolyásolni leányvállalataik piaci magatartását, a befolyás tényleges gyakorlására tekintet nélkül. Másrészt a versenytörvényi vállalkozás jogutódja felelős a versenytörvényi bírságokért annak érdekében, hogy a vállalkozás ne kerülhesse el a felelősséget. Végül adódik a kérdés, hogy a vállalkozásoknak van-e lehetőségük arra, hogy áthárítsák a versenytörvényi bírságot a nevükben eljáró vezető tisztségviselőkre, akik ténylegesen személyesen követték el a jogsértést. Ez a tanulmány a felelősség ilyen kiterjesztéséhez kapcsolódó kérdéseket vizsgálja.

Key words in original language

versenytörvény – kartelljog – bírságok – bírságokért való felelősség – anyavállalatok felelőssége – jogutódok felelőssége – vezető tisztségviselők felelőssége

Abstract

The aim of an antitrust fine is to achieve a deterrent effect. In order to achieve a sufficient deterrent effect, the liability for these fines is extended. One extension is that the parent companies, having the potential to influence the business decisions of the subsidiaries, are also liable for the antitrust fines imposed because of the infringement committed by the subsidiary, irrespective of the actual exertion of influence. Another example is the liability of the legal successor of a company for the antitrust fines so the company committing the infringement may not escape liability. Finally, the question arises, whether companies can pass on the antitrust fine to executive officers acting on behalf of the company, actually committing the infringement personally. This paper examines the issues pertaining to these extensions of liability.

Key words

competition law – antitrust law – fines – liability for fines – liability of parent companies – liability of legal successors – liability of executive officers

1. INTRODUCTION

In accordance with the wording of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: "TFEU"), the prohibition of anticompetitive agreements applies to undertakings. The concept of undertaking is genuine to competition law and European competition law is no exception. According to

Although, competition law is aimed at undertakings, the European Commission (hereinafter: "Commission") must identify legal entities (companies), which may be held responsible for the infringement, in order to be in a position to impose and enforceable antitrust fine. Article 299 TFEU, which provides for the enforceability of the decision of the European Commission imposing pecuniary obligations, mentions persons instead of undertakings. Furthermore, actual enforcement falls under the scope of the national law of the Member State, where enforcement shall be carried out and that requires the legal entity status for addressees.¹

Neither the TFEU, nor the Merger Regulation² contains a definition of undertaking. The definition has two facets: the core of the definition relates to economic activity, the boundaries of the definition relate to economic unit under a single control (decisive influence).³

The Enichem Anic judgment⁴ stated that an undertaking is a single economic entity that consists of: (i) unitary organisation of personal, tangible and intangible elements, (ii) which pursues a specific economic aim, (iii) on a long-term basis, and (iv) can contribute to the commission of an infringement.

The Viho judgment⁵ mentioned apart from holding 100 per cent of the shares several other elements - e.g. influence on sales, marketing, targets, gross margins, sales costs, cash flow and stocks - as indication for decisive influence.

¹ István Csongor NAGY, *Kartelljogi kézikönyv. A közösségi és a magyar kartelljog joggyakorlata*, Budapest, HVGORAC, 2008, p. 91

² Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24, 29.01.2004, p. 1-22

³ Wouter P.J. WILS, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural and legal persons*, *European Law Review* 25(2): 99-116, 2000, p. 100-101

⁴ Case T-6/89 *Enichem Anic v Commission* [1991] ECR II-1623, para 235

⁵ Case T-102/92 *Viho v Commission* [1995] ECR II-17, upheld by the ECJ in Case C-73/95 P [1996] ECR I-5457

2. PARENTAL LIABILITY

2.1 PREVIOUS CASE-LAW

Parent liability is a question that arises when with respect to enforcement or deterrence, imposing a fine on the subsidiary is not justified, either because the diminished liquidity of the subsidiary or the minority shareholders of the subsidiary. In these cases, if the parent company was in a position to exert decisive influence, it may be held responsible for the infringement either alone or jointly and severally. It is common practice of the Commission to impose the fine on the subsidiary with the joint and several liability of the parent company.⁶

The Commercial Solvents judgment⁷ established the general rule that companies belonging to the same undertakings have joint and several responsibility for the infringement. However, the ICI judgment⁸ clarified that it is within the discretion of the Commission to hold either the parent company or the subsidiary, or both, for liable for an antitrust infringement.

In the Stora Kopparbergs judgment⁹, the Court of Justice established a presumption, according to which in case of wholly-owned (100% shareholding) or nearly wholly-owned subsidiaries, the possibility to exercise decisive influence can be presumed by the Commission, however, the presumption can be rebutted by the company adducing sufficient evidence to prove the independence of the subsidiary on the market. Nevertheless, proving negative facts is complicated and the Commission and the General Court yet failed to give clear guidance what kind of evidence could be considered as sufficient.¹⁰

Also, it was called in question, whether the presumption may be applied in the absence of any further evidence, even if it is in the form of indicia.¹¹ According to the AEG-Telefunken judgment¹², not only the shareholding of

⁶ Richard WHISH, *Competition law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p 94

⁷ Joined cases 6 and 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission* [1974] ECR 223, para 41

⁸ Case 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission* [1972] ECR 619, para 131-137

⁹ Case T-71/03 *Tokai Carbon Co Ltd v Commission* [2005] ECR II-10, paras 59-60

¹⁰ Aitor MONTESA and Ángel GIVAJA, *When parents pay for their children's wrongs: Attribution of liability for EC antitrust infringements on parent-subsidiary scenarios*, *World Competition* 29(4): 555-574, 2006, p. 566

¹¹ Laura LA ROCCA, *The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary*, *European Competition Law Review*, 32(2):68-76, 2011, p. 69

¹² Case 107/82 *AEG-Telefunken v Commission* [1983] ECR 3151, paras 47-53

the parent company must be examined, but further links, like the composition of the board of directors, the influence on commercial policy and the instructions given to the subsidiary.

In the *Abeve* judgment¹³, the General Court upheld the decision of the Commission, which established the liability of two parent companies having 50% shareholding in the subsidiary, therefore, a joint control may also lead to parental liability. However, if there is evidence that only one of the undertakings actually exerted decisive influence, the other parent company may be released of its liability.

Nevertheless, one must keep in mind that, it is irrelevant whether the parent company actually exercised its decisive influence, since its decision not to intervene is an act of grace and the parent company always retains the ultimate power.¹⁴

Irrespective of whether it is joint and several or stand-alone liability of the parent company, establishing the liability of the parent company and addressing the prohibition decision to the parent company has several implications apart from the payment of the antitrust fine. These include:

- a. even if the liability established in the prohibition decision of the European Commission is joint and several liability, the parent company may be held liable for damages caused by the infringement on the basis of that decision in a so-called follow-on damages action before courts of the Member States;
- b. the parent company may suffer disadvantages in eventually initiated other antitrust procedures because the basis of the fine will be increased on the basis of recidivism even if the actual infringement was committed by the subsidiary; and
- c. the parent company may eventually face extraterritorial antitrust procedures because of the establishment of a subsidiary in the given jurisdiction.¹⁵

2.2 SPANISH TOBACCO CASE

The issue of liability of a parent company for the infringement of Article 101 TFEU by its subsidiary was recently addressed again by the Court of

¹³ Case T-314/01 *Avebe v Commission* [2006] ECR II-3085

¹⁴ WILS, p. 103

¹⁵ WHISH, p 94-95

Justice of the European Union in the litigation arising from the Spanish Tobacco case¹⁶ of the European Commission.

In the *Alliance One* judgment¹⁷ the General Court had to address the issue, whether parent liability applies to a chain of parent companies, among which certain companies are only special purpose vehicles, only holding the subsidiary, but not exerting decisive influence. The company directly involved in the infringement was World Wide Tobacco Espana ("WWTE"), a Spanish subsidiary of Trans-Continental Leaf Tobacco ("TCLT"). TCLT held two-thirds of the capital of WWTE, while TCLT itself was a wholly-owned subsidiary of Standard Commercial Tobacco ("SCT"), also a wholly-owned subsidiary of Standard Commercial ("SC"), the American head company of the company group. The shareholding of TCLT in WWTE increased during the years to almost 90% and by 1999 apart from the shareholding of TCLT, only shares of SC and own shares of WWTE existed in the company. The Commission imposed a fine on WWTE and held all parent companies (i.e. TCLT, SCT and SC) jointly and severally liable for the antitrust fine. The liability of WWTE was not disputed in the court proceedings.

The Spanish Tobacco case was particularly interesting, because in the end the Commission did not hold liable several parent companies for the direct involvement of their subsidiaries on the basis that there was no evidence on their material involvement in the market conduct of the subsidiaries. The Commission established that the subsidiaries operated independently on the basis that they were not wholly-owned by the parent companies and the parent companies shareholding was purely financial.

Although WWTE was also not wholly-owned by TCLT, the Commission established that there were certain mechanisms in place, which enabled TCLT to exert effective control over the commercial policy of WWTE. This shows that the Commission did not rely exclusively on the presumption of parental liability in case of wholly-owned subsidiaries, but also on other factors (e.g. the managing directors appointed by the parent company, or involved in the parent companies management; the approval of the parent companies necessary for business decisions, etc.).

The applicants of the case (TCLT, SCT and SC) argued that the condition of parental liability is that the parent company is in a position to exercise decisive influence and it did actually influence the commercial policy of the subsidiary. The applicants presented a two-sided argument in connection

¹⁶ Commission Decision of 20 October 2004 relating to a proceeding under Article 81(1) of the EC Treaty (Case COMP/C.38.238/B.2) - Raw tobacco-Spain

¹⁷ Case T-24/05 *Alliance One International and others v Commission*, [2010] ECR not yet reported, the judgment was appealed by the applicants and the Commission as well, see Case C-628/10 P and Case C-14/11 P

with the first condition: either SCT and SC are not liable because of their indirect interest in WWTE, or TCLT is not liable because its shareholding was purely financial. In connection with the second condition, the applicants argued that the influence must be aimed at the infringement itself, not to commercial policy in general, therefore, instructions relating to the infringement would be necessary for the establishment of the parent companies' liability.

The General Court found that the Commission is entitled to impose the fine on parent companies not because they were actually instigating the infringement, but because the parent companies form a single economic unit (undertaking) with the subsidiaries and therefore, they are also liable for the infringement committed by the undertaking.¹⁸

The General Court also found that the presumption that the parent companies fulfil the conditions of parental liability also applies not only to direct relationships.¹⁹

The General Court clarified that the Commission did not impose a fine on other parent companies because the lack of evidence and not because the lack of liability. It is within the discretion of the Commission to rely exclusively on the presumption or rely on further evidence. The Commission relying on further evidence was a prudent approach and the liability of the applicants was established because unlike the other parent companies, they could not adduce evidence to refute the evidence relied on by the Commission and to call in question the Commission's finding.²⁰

The General Court pointed out that decisive influence must neither relate to certain activities of the subsidiary, nor directly linked to the infringement committed, in order to establish the liability of the parent company.²¹

In the end, the General Court examined all factual elements of the case and upheld the decision in connection with the liability of STC and SC, while it found that the liability of TCLT, the direct parent company, was not supported by evidence. According to the General Court, the Commission could not rely exclusively on the fact that TCLT held the capital of WWTE, especially since this would discriminate it against other intermediary parent companies, which were not fined.²²

¹⁸ Ibid para 127

¹⁹ Ibid para 132

²⁰ Ibid para 147

²¹ Ibid para 170

²² Ibid para 218

3. SUCCESSION LIABILITY

3.1 PREVIOUS CASE-LAW

Succession liability is a question that arises when the economic unit committing the infringement changes its form. In such cases this change should not affect antitrust liability and therefore, liability must be attributed to the successor. If the economic unit committing the infringement was a subsidiary, which is acquired by another parent company, the subsidiary will remain liable as well as the former parent company may be held jointly and severally liable. The current parent company can only be held responsible, if it (and the subsidiary) has continued the infringement. If the subsidiary is absorbed by another company, the former parent company will be held liable, legal succession only comes to play if the former parent company ceases to exist. If there is a demerger at the subsidiary, the company remaining existent remains liable for the infringement (even if the economic unit committing the infringement is divested to the new company arising from the demerger). If the economic unit is devoid of legal personality, the legal entity, which it formed a part is liable, also after that economic unit (business) has been sold to another company (unless the legal entity which it formed a part ceases to exist).²³

Nevertheless, liability may fall to the successor even if the predecessor is in existent for example if the predecessor is incapable of paying the fine, or succession is a proven attempt to circumvent antitrust liability.²⁴

The *Rheinzink* judgment²⁵ established the notion that legal succession is applicable to antitrust fines as well, and companies remain liable for antitrust fines even if they change their legal form or name.

In the *PVC* case²⁶, legal succession with respect to antitrust fines was based on the fact that corporate changes under the corporate law of the Member States shall not affect the application of EU competition law. For the assessment of the Commission, the functional and economic continuity of the undertakings is decisive.

²³ MONTESA and GIVAJA, p. 559

²⁴ Karen DYKJÆR-HANSEN and Katja HØEGH, Succession of liability for competition law infringements with special reference to due diligence and warranty claims, *European Competition Law Review*, 24(5):203-212, 2003, p. 212

²⁵ Cases 29, 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v Commission* [1984] ECR 1679, para 9

²⁶ Commission Decision of 21 December 1988 relating to proceedings pursuant to Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.865) - PVC

The *Anic Partecipazioni* judgment²⁷ established the liability of the legal successor of the undertaking (acquirer of business directly related with the infringement) for the antitrust fine only because the undertakings responsible for the infringement (predecessor, transferor) ceased to exist.

The *Cascades* judgment²⁸ confirmed that if the undertaking, which committed the infringement is still in existence at the time the Commission adopts its prohibition decision, the undertaking remains liable for the infringement, even if it has already disposed of its business, which was in direct relation to the infringement itself.

The *HFB* judgment²⁹ established the so-called economic continuity criterion, according to which derogation from personal liability is possible, thus the successor might be held liable for the infringement even if the predecessor is still in existence, if the effectiveness of EU competition rules so require.

The *Aalborg Portland* judgment³⁰ gave guidance on legal succession within a company group (undertaking), according to which, in case of an intragroup transfer of a company directly involved in the infringement, the successor might be held liable for the antitrust fine, even if the predecessor is still in existence with respect to the fact that the person (ultimate parent) managing or being responsible for the undertaking when the infringement was committed remained the same.

On the basis of the above, the following principles can be established regarding successive liability:

- a. in case of legal succession (acquisition of a legal entity, subsidiary), antitrust liability follows the subsidiary;
- b. in case of acquisition of a business unit (not a separate legal entity), the company previously holding the business unit remains liable;
- c. in several cases the liability shifts to the company currently holding the business unit (economic continuity, economic succession): (i) if the company previously holding the business unit is inexistent at the time of adoption of the Commission's decision, (ii) if the company previously holding the business unit

²⁷ Case C-49/92 *Commission v Anic Partecipazioni SpA* [1999] ECR I-4125, para 145

²⁸ Case C-279/98 P *Cascades v Commission* [2000] ECR I-9693, para 78

²⁹ Case T-9/99 *HFB and others v Commission* [2002] ECR II-1487, paras 105-106

³⁰ Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P *Aalborg Portland and others v Commission* [2004] ECR I-123, paras 356-359

is existent but incapable of paying the antitrust fine; (iii) if there is a proven attempt to circumvent liability; and (iv) if there are structural links between company previously holding the business unit and the company currently holding the business unit.³¹

3.2 GAS INSULATED SWITCHGEAR CASE

The issue of liability of a successor for the infringement of Article 101 TFEU by a company acquired as a subsidiary or absorbed in the form of a merger was recently addressed again by the General Court in the litigation arising from the Gas Insulated Switchgear case³². Two parallel proceedings were pending before the General Court for the annulment of the decision of the Commission imposing an antitrust fine, one initiated by Alstom and Areva and one initiated by Siemens Österreich.

3.2.1 ALSTOM/AREVA JUDGMENT

In the Alstom/Areva judgment³³, the General Court analyzed a combination of parental and successive liability with respect to the transfer of a subsidiary within the company group and outside the company group, as well as the liability of the former parent company. First the subsidiary active on the relevant market was Alsthom SA (subsequently renamed GEC Alsthom SA). The parent company of the subsidiary was GEC Alsthom NV, while the ultimate parent company was Alstom. The activities were transferred to Kléber Eylau (subsequently renamed GEC Alsthom T&D SA) becoming the subsidiary active on the relevant market. Later, GEC Alsthom T&D SA was renamed Alstom T&D SA and the ultimate parent company (Alstom) became its direct parent company. Subsequently, the subsidiary active on the relevant market (Alstom T&D SA) was transferred to a different company group and it merged with Areva T&D SA. The direct parent company of Areva T&D SA was Areva T&D Holdings SA, while the ultimate parent company was Areva.³⁴

The Commission imposed a fine on (i) Alstom individually, because it was the parent company of the subsidiary directly involved in the infringement at the time of the infringement; (ii) Areva T&D SA for which it was jointly and severally liable with Alstom, because it was the subsidiary directly

³¹ Katja HØEGH, Succession of liability for competition law infringements - the Cement judgment, *European Competition Law Review*, 25(9): 534-537, 2004, p. 536

³² Commission Decision of 24 January 2007 relating to a proceeding under Article 81 of the Treaty establishing the European Community and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/38.899 - Gas Insulated Switchgear)

³³ Cases T-117/07 and T-121/07 Alstom / Areva and others v Commission, [2011] ECR not yet reported

³⁴ For the sake of clarity, the Swiss branch of the companies involved was omitted.

involved in the infringement; and (iii) Areva T&D SA for which it was jointly and severally liable with Areva T&D Holdings SA and Areva, because they were the parent companies of the subsidiary directly involved in the infringement at the time of the decision.

The applicants argued that it would infringe the principle of personal liability, if one of the applicants would have to pay a fine (part of the fine imposed with joint and several liability) imposed on the basis of the infringement committed by another applicant (subsidiary of the applicant transferred to the other applicant). The applicants noted that joint and several liability of the parent company may only be established, if the subsidiary directly involved in the infringement and the parent company at the time of the decision still belong to the same company group (undertaking). The applicants complained that because of the nature of joint and several liability, establishment of such liability on companies not belonging to the same undertaking is extremely problematic (the proportion of the fine is not adjusted to the proportion of liability with respect to the transfer of the subsidiary).

The General Court held that it is in accordance with the case-law to penalize the transferee in case of an intragroup transfer of business for the infringement committed before the transfer was effected, even if the transferor controlling the business directly involved in the infringement still exists. Therefore, irrespective of the corporate changes at Kléber Eylau/GEC Alstom T&D SA/Alstom T&D SA, Alstom, as the person responsible for or managing, through intermediaries, the company directly involved in the infringement, remains personally liable for the infringement.³⁵

The General Court also rejected that transferor still in existence at the time of adoption of the Commission's decision should be released of liability with respect to a loss of control, irrespective of the (joint and several) liability of the successor.³⁶

The General Court stated that although Areva T&D SA belongs to a different undertaking at the time of the adoption of the Commission's decision, it is legally identical with Alstom T&D SA, therefore as a subsidiary directly involved in the infringement, it might be held liable jointly and severally with its parent company (Alstom) before the intergroup transfer and at the time of the infringement.³⁷

³⁵ Cases T-117/07 and T-121/07 Alstom / Areva and others v Commission, [2011] ECR not yet reported, para 78

³⁶ Ibid para 119

³⁷ Ibid para 134 and 137

The General Court rejected that the principle of personal liability would exclude joint and several liability of a parent company, which transferred its subsidiary to another company group, on the basis that the Commission has discretion to establish the liability of the parent company additionally to the liability of the subsidiary and the parent company's liability for its conduct at the time it formed an undertaking with its subsidiary would not diminish just because at the time of the decision they do not form a single undertaking any more.³⁸

Regarding the nature of joint and several liability, the General Court stipulated that in the absence of a contrary indication, the liability and the fine burden the applicants in equal measure. On the one hand, the companies become aware of the financial consequences of the decision with sufficient certainty even in case of a fine imposed with joint and several liability (the company might have to pay the entire amount of the fine), on the other hand, if one of the applicants pays the entire amount of the fine, it may recover the proportion for which other applicants are liable.³⁹

In the end, the General Court decreased the fines but upheld the decision of the Commission on the distribution of liability.

3.2.2 SIEMENS ÖSTERREICH JUDGMENT

In the Siemens Österreich judgment⁴⁰, the General Court analyzed an even more complex corporate structure. Nuova Magrini Galileo ("Magrini"), Schneider Electric High Voltage SA (subsequent names: VA Tech T&D SA and Siemens T&D SA) and Reyrolle Ltd. (subsequent names: VA Tech Reyrolle Ltd. and Siemens T&D Ltd.), three subsidiaries bundled their activities together in a company (VA Tech Schneider High Voltage GmbH). The parent company of SEHV was Schneider Electric SA, while the intermediary parent company of Reyrolle was VA Tech T&D GmbH & Co. KEG ("KEG") and the ultimate parent company was VA Technologie AG ("VAS"). During the infringement, VAS acquired full control over the common company and thereby the three subsidiaries and Siemens AG, through its subsidiary, Siemens Österreich AG, acquired VAS, which merged with Siemens Österreich in the end.

The Commission distributed liability to three groups: (i) Reyrolle, KEG and Siemens Österreich jointly and severally liable (subsidiary-parent-ultimate parent); (ii) Reyrolle, SEHV and Magrini jointly and severally liable (three

³⁸ Ibid para 206

³⁹ Ibid para 215

⁴⁰ Cases T-122/07 to T-124/07 Siemens Österreich and others v Commission, [2011] ECR not yet reported, the judgment was appealed by the applicants and the Commission as well, see Cases C-231/11 P to C-233/11 P

subsidiaries); (iii) SEHV, Magrini and Schneider Electric SA jointly and severally liable (subsidiaries and parent company).

One of the arguments of the applicants was that the fines exceeded the statutory limit of 10% of the net worldwide turnover of the undertaking⁴¹, on the basis that this turnover pertains to the company committing the infringement. The applicants also argued that if the parent company is held liable for the infringement, establishing the liability of imposing a fine on the subsidiary is not justified.

The General Court held that it is not the individual turnover of the companies, but the turnover of the undertaking (i.e. the turnover of all companies belonging to the undertaking) that must be taken into consideration while calculating the antitrust fine. According to the General Court, in order to maintain the deterrent effect of the antitrust fine, the fine must be sufficiently material and not for the company but for the entire economic unit (i.e. company group).⁴²

The General Court stated that the parent companies' joint and several liability does not exempt the subsidiary of its own liability and the liability of the parent company is in any case additional.⁴³

The General Court clarified that if a company participated in an infringement on its own right and was acquired but not absorbed and it continued its activity after acquisition, it has to bear responsibility for the infringement committed before acquisition, while the acquiring company may only be held liable for infringements committed after the acquisition. The same applies to subsidiaries, however, in that case even the former parent company might be held jointly and severally liable for the infringement committed before the acquisition.⁴⁴

The General Court established that Siemens Österreich must bear liability as a legal successor of the parent company (VAS) for the infringements committed by Reyrolle and after acquiring full control over the common company for the infringements committed by Reyrolle, SEHV and Magrini.⁴⁵

⁴¹ See Article 23 (2) of the Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1-25

⁴² Cases T-122/07 to T-124/07 *Siemens Österreich and others v Commission*, [2011] ECR not yet reported, para 126

⁴³ *Ibid* para 135

⁴⁴ *Ibid* para 139-141

⁴⁵ *Ibid* para 144

In the end, the General Court decreased the fines and redistributed liability on the basis of the above principles in the following way:

- a. SEHV, Magrini and Schneider Electric SA jointly and severally (parental liability);
- b. Reyrolle, Siemens Österreich and KEG jointly and severally (parental and successive liability);
- c. Reyrolle, Siemens Österreich, KEG, SEHV and Magrini jointly and severally (parental and successive liability); and
- d. Reyrolle individually.

4. PASSED-ON LIABILITY

Another recently addressed issue in connection with the concept of undertaking, the focus of antitrust law on undertakings and liability of undertakings for antitrust fines was the Safeway case in the United Kingdom. The retail company Safeway made an attempt to recover the antitrust fine imposed by the Office of Fair Trading, from its former managers and employees, who actually committed the acts, which qualified the companies conduct as an infringement of antitrust law.

The High Court adopted a judgment⁴⁶ in the case regarding the application of the defendants (i.e. former directors and employees) to adopt a summary judgment and strike out the claim. The claimants (i.e. supermarket) argued that the defendants were in breach of their contract of employment engaging in anticompetitive conduct, which subsequently lead to a suffered loss (antitrust fine imposed on the company and the legal costs).

The defendants argued with two grounds of public policy: (i) the principle of *ex turpi causa* according to which the claimant may not rely on its own illegal act giving rise to an action; and (ii) the consistency of competition law.

In connection with the first ground, the High Court considered rules of attribution and imputation, in the course of which the High Court found that the liability of the companies for infringements of competition law is not primary liability, but vicarious liability, furthermore, the actions of the employees and directors (agents) may only be imputed to the company, if they were the directing mind and will of the company.⁴⁷ According to the

⁴⁶ *Safeway and others v Simon John Twigger and others*, [2010] EWHC 11 (Comm)

⁴⁷ *Ibid* para 51 and 53

High Court, the *ex turpi causa* principle would only apply, if the company would be personally at fault, which is not the case.⁴⁸

With respect to the second ground, the High Court noted that the action of the claimants is not new, it relies on well established principles, which excludes its inconsistency with rules in force. Also, the fact that competition law applies to undertakings and not individuals is true to any form of corporate regulation, which in itself does not include the liability of individuals under these rules.⁴⁹

The High Court dismissed the application of the defendants to strike out the claim on the basis that it believed that the claimants have good grounds to succeed on trial.

The defendants submitted an appeal on the basis of which the Court of Appeal adopted a judgment⁵⁰, according to which the *ex turpi causa* is applicable to the case. Lord Justice Longmore set forth that the claimant's liability is not vicarious, the company is not liable for the illegal acts of its employees since competition rules impose liability only on the undertakings for the specific conduct. Therefore, the liability of the claimant is personal liability, the company is personally at fault.⁵¹

The judgment of the Court of Appeal is considered very significant, since if the defendants would have to bear responsibility, the undertakings committing the infringement would not only profit from the infringement itself, but they might avoid the antitrust fine, which would diminish the deterrent effect of competition rules.⁵²

5. CONCLUSION

On the basis of the above, we can conclude the following:

1. The European Courts approved that it is within the discretion of the Commission to impose a fine either individually or jointly and severally on the parent company for infringement of Article 101 TFEU by a subsidiary. The liability of parent companies seems to be purely additional to the liability of the companies (subsidiaries) actually committing the infringement. Parental liability may arise if it is necessary for achieving sufficient deterrence (if the undertaking is

⁴⁸ Ibid para 102

⁴⁹ Ibid para 125 and 127

⁵⁰ *Safeway and others v Twigger and others* [2010] EWCA Civ 1472

⁵¹ Ibid para 20 and 23

⁵² James SHARPE, *Safeway Stores Ltd v Twigger* [2010] EWCA Civ 1472, *European Competition Law Review*, 32(5):273-275, 2011, p. 274

economically significantly stronger than the subsidiary) or if it is necessary for effectively enforcing the antitrust fine (if the subsidiary is financially not in the position to pay the fine). This is supported by the fining practice of the Commission, which demonstrates that parental liability arises in most cases not as stand-alone liability but as joint and several liability. Also, the parent companies may provide evidence releasing them from liability.

2. Although some authors are suggesting an apparent confusion in connection with succession liability, on the basis of the case-law of the General Court and the Court of Justice, some rules may be drawn up. The first and foremost rule is that liability remains with the undertaking having control over the company directly involved in the infringement at the time of the infringement. The legal or economic successor might have liability only in certain circumstances, which are justified by the deterrence objective of antitrust rules or practicability in the enforcement of the fine. It is the latter justification, why succession liability is often joint and several liability (not considering cases where the company directly involved in the infringement is absorbed or a business unit was acquired not having legal personality).
3. It might seem, *prima facie*, justified that a company recovers damages caused by its employee by a breach of contract, however, competition law is a specific body of rules, which apply solely to undertakings and is structured in a way that acts of individuals are imputed to the economic entity which they form part. Therefore an infringement of these rules may not be taken into consideration as unlawful conduct forming the basis of breach of contract. The liability for antitrust fines does not extend to employees and directors (not even indirectly).

Literature:

- Richard WHISH, *Competition law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, 1006, ISBN 978-0-19-928938
- István Csongor NAGY, *Kartelljogi kézikönyv. A közösségi és a magyar kartelljog joggyakorlata*, Budapest, HVGORAC, 2008, 787, ISBN 978 963 258 019 7
- Aitor MONTESA and Ángel GIVAJA, *When parents pay for their children's wrongs: Attribution of liability for EC antitrust infringements on parent-subsidiary scenarios*, *World Competition* 29(4): 555-574, 2006

- Wouter P.J. WILS, The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural and legal persons, *European Law Review* 25(2): 99-116, 2000
- Katja HØEGH, Succession of liability for competition law infringements - the Cement judgment, *European Competition Law Review*, 25(9): 534-537, 2004
- Karen DYKJÆR-HANSEN and Katja HØEGH, Succession of liability for competition law infringements with special reference to due diligence and warranty claims, *European Competition Law Review*, 24(5):203-212, 2003
- Laura LA ROCCA, The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary, *European Competition Law Review*, 32(2):68-76, 2011
- James SHARPE, *Safeway Stores Ltd v Twigger* [2010] EWCA Civ 1472, *European Competition Law Review*, 32(5):273-275, 2011

Contact – email

horvath.andris@gmail.com

ROLE INSOLVENČNÍHO SPRÁVCE PŘI POPÍRÁNÍ NÁROKŮ VĚŘITELŮ V INSOLVENČNÍM ŘÍZENÍ

KRISTÝNA CHALUPECKÁ

Katedra finančního práva a národního hospodářství, Právnická fakulta,
Masarykova univerzita

Abstract in original language

Tento článek je zejména zaměřen na právo insolvenčního správce popírat nároky přihlášených věřitelů v insolvenčním řízení. Ačkoliv, s účinností od 31. března 2011, jsou taktéž věřitelé oprávněni za určitých podmínek popírat nároky jiných přihlášených věřitelů, právo insolvenčního správce popírat přihlášené pohledávky stále hraje nezastupitelnou roli. Ve skutečnosti je to totiž velmi často insolvenční správce, který drží v rukou poslední možnost dlužníka zvrátit postavení věřitele, což může mít vliv nejen v konkursu, ale taktéž v případě tzv. spotřebitelských insolvenčních řízení.

Key words in original language

Insolvenční řízení; dlužník; věřitel; insolvenční správce; pohledávka;

Abstract

This paper is mainly focused on the right of the insolvency administrator to deny the claims of registered creditors in the insolvency proceedings. Although effective from the 31th March 2011 also the creditors are entitled to deny claims of another registered creditors, the right of the insolvency administrator to deny registered claims still plays substitutable role. In fact the insolvency administrator very often holds the last chance of the debtor to reverse the status of creditor claim and this could make a difference non only in bankruptcy, but also in the so-called consumer insolvency proceedings.

Key words

Insolvency proceedings; debtor; creditor; insolvency administrator; claim;

1. OBECNĚ K INSOLVENČNÍMU ŘÍZENÍ

Zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení, ve znění pozdějších předpisů, tzv. insolvenční zákon (dále jen "insolvenční zákon") přinesl do českého úpadkového práva poměrně rozsáhlé změny, které zasáhly taktéž činnost insolvenčního správce v průběhu insolvenčního řízení vzhledem

k uznávání jednotlivých nároků uspokojovaných v insolvenčním řízení. Role insolvenčního správce ve vztahu k výši uspokojovaných pohledávek proto představuje poměrně účinný nástroj k ovlivňování insolvenčního řízení, což je taktéž patrné z přijaté novelizace insolvenčního zákona, která

přenesla možnost popírání přihlášených pohledávek i na ostatní přihlášené věřitele.

2. NÁROKY PŘIHLAŠOVANÉ DO INSOLVENČNÍHO ŘÍZENÍ

Obecně lze nároky uplatňované v insolvenčním řízení rozčlenit do následujících kategorií:

1. Pohledávky uplatňované formálně přihláškou pohledávky

V IZ není explicitně jmenováno, které pohledávky se přihlašují do insolvenčního řízení přihláškou, a proto je lze dovodit negativním výčtem, že se jedná o pohledávky, které nejsou pohledávkami za majetkovou podstatou, pohledávkami postavenými na roveň pohledávkám za majetkovou podstatou a pohledávkami vyloučenými z uspokojení v rámci insolvenčního řízení. Přihlašování těchto pohledávek je v rámci insolvenčního řízení striktně formalizováno.

2. Pohledávky uplatňované neformálně u insolvenčního správce

IZ upravuje okruh nároků, které jsou v insolvenčním řízení uspokojovány, aniž by byly podrobovány procesu formálního přihlašování u insolvenčního soudu a následnému přezkumu ze strany insolvenčního správce. Jedná se o pohledávky za majetkovou podstatou, které vznikají v průběhu insolvenčního řízení, a taktéž pohledávky postavené na roveň pohledávkám za majetkovou podstatou. Zásadním pravidlem pro tento typ pohledávek je to, že se uspokojují v plné výši kdykoli po rozhodnutí o úpadku. V případě, že ze strany insolvenčního správce nedojde k uspokojení těchto nároků, je možné se jich domáhat žalobou, přičemž se nejedná o incidenční spor. Pohledávky za majetkovou podstatou tedy nejsou podrobovány proceduře formálního uznávání ze strany insolvenčního správce a dlužníka.

3. Nároky vyloučené z uspokojení v insolvenčním řízení

V insolvenčním řízení se neuspokojují žádným ze způsobů řešení úpadku, není-li dále stanoveno jinak,

- úroky, úroky z prodlení a poplatek z prodlení z pohledávek přihlášených věřitelů, vzniklých před rozhodnutím o úpadku, pokud přirostly až v době po tomto rozhodnutí,
- úroky, úroky z prodlení a poplatek z prodlení z pohledávek věřitelů, které se staly splatné až po rozhodnutí o úpadku,
- pohledávky věřitelů z darovacích smluv; mimosmluvní sankce postihující majetek dlužníka, s výjimkou penále za nezaplacení daní, poplatků, cla, pojistného na sociální zabezpečení, příspěvku na státní politiku zaměstnanosti a pojistného za veřejné zdravotní pojištění,

pokud povinnost zaplatit toto penále vznikla před rozhodnutím o úpadku; smluvní pokuty, pokud právo na jejich uplatnění vzniklo až po rozhodnutí o úpadku; náklady účastníků řízení vzniklé jim účastí v insolvenčním řízení.¹

3. POPÍRÁNÍ PŘIHLÁŠENÝCH POHLEDÁVEK

Dle stávající úpravy IZ, ve znění novelizace účinné od 31. března 2011, náleží popěrné právo v insolvenčním řízení insolvenčnímu správci, dlužníku a taktéž přihlášeným věřitelům.

Popěrné právo věřitelů bylo do IZ včleněno na základě rozhodnutí Ústavního soudu Pl. ÚS 14/10, který zkonstatoval, že ustanovení § 192 odst. 1 IZ vylučuje možnost jednoho věřitele zpochybnit pohledávky jiných věřitelů, a to prostřednictvím jakéhokoli procesního prostředku.

Z hlediska popírání přihlášených pohledávek je zejména patrný rozdíl mezi právem, které je svěřeno insolvenčnímu správci, a právem dlužníka. V zásadě totiž platí, že v souladu s ustanovením § 200 IZ:

"nemá popření pohledávky dlužníkem vliv na její zjištění; jeho účinkem však vždy je, že pro pohledávku, kterou dlužník popřel co do její pravosti nebo výše, není v rozsahu popření upravený seznam přihlášených pohledávek exekucním titulem."

Z dikce insolvenčního zákona vyplývá, že dispoziční oprávnění s majetkem dlužníka přebírá insolvenční správce pouze po prohlášení konkursu na majetek dlužníka, v případě předběžných opatření vydaných insolvenčním soudem a při omezení dlužníka u nakládání s majetkem v průběhu reorganizace. To, jaký objem závazků bude proti aktivům dlužníka postaven, však ovlivňuje v drtivé většině případů pouze insolvenční správce. Insolvenční správce tak vystupuje v případě přezkumu a uznávání přihlášených nároků věřitelů do jisté míry jako nezávislý rozhodovací orgán, jemuž byla tato pravomoc svěřena právě insolvenčním zákonem. Diskuze o tom, zda je insolvenční správce spíše zástupcem dlužníka nebo zástupcem věřitelů, se proto zdají být jako bezpředmětné, protože insolvenční správce by měl tolik hájit zájmy všech, jejichž zájem je v souladu se zákonem. Mezi základní zásady insolvenčního řízení patří rychlé, hospodárné a co nejvyšší uspokojení věřitelů, avšak pouze za předpokladu, že žádný z účastníků nebyl nespravedlivě poškozen nebo nedovoleně zvyhodněn.²

¹ § 170 IZ

² § 5 IZ

Insolvenční správce naopak nese při popírání přihlášených pohledávek stěžejní úlohu. Tato úloha pro věřitele eskaluje v případě, že

- dlužník je právnickou osobou a způsobem řešení jeho úpadku je konkurs, nebo
- dlužník je nepodnikatelem a způsobem řešení jeho úpadku je oddlužení.

V případě, že zrušení konkursu u právnické osoby dojde k zániku dlužníka, a u splnění oddlužení formou splátkového kalendáře prominutí zbývajících závazků, jsou věřitelé zcela bezvýhradně odkázáni na uspokojení v rámci insolvenčního řízení. Uznání či popření pohledávky insolvenčním správcem se proto jeví jako stěžejní.

Odlišná situace nastává v okamžiku, kdy je řešen úpadek podnikající fyzické osoby. I v situaci, kdy insolvenční správce v průběhu insolvenčního řízení pohledávku úspěšně popře, nic nebrání neuspokojenému věřiteli, v případě, že jeho pohledávka již nebyla promlčena nebo nezanikla, domáhat se uspokojení po skončení insolvenčního řízení.

I přesto, že insolvenční správce má při popírání pohledávek možnost uvážení a následně možnost prosazení svého právního názoru vzhledem k nárokům jednotlivých věřitelů, je zcela pochopitelné, že stav pohledávky z hlediska její vymahatelnosti nemůže být ignorován ani v průběhu insolvenčního řízení.

Smyslem vykonatelnosti rozsudku je možnost donutit účastníka ke splnění povinností, které jsou mu v rozsudku uloženy a to i proti jeho vůli a pomocí donucovacích prostředků. Insolvenční zákon tedy předestírá odlišný postup pro úspěšné popření pohledávky vykonatelné a pohledávky nevykonatelné.

3.1 POPÍRÁNÍ NEVYKONATELNÝCH POHLEDÁVEK

V případě, že dojde k popření nevykonatelné pohledávky, je na dotčeném věřiteli, aby se určovací žalobou proti insolvenčnímu správci domáhal zjištění své pohledávky rozhodnutím insolvenčnímu soudu, a to ve hmotněprávní lhůtě 30 dní od dne jejího popření. U věřitele, který se přezkumného jednání neúčastnil, neskončí běžet dříve než 15 dní od doručení vyrozumění o popření.

Pro insolvenčního správce je proces popírání nevykonatelných pohledávek až do okamžiku případného incidenčního sporu vcelku administrativně nenáročný.

Problém u popírání nevykonatelných pohledávek může nastat v okamžiku, kdy se během incidenčního sporu zjistí, že nevykonatelná pohledávka je ve skutečnosti vykonatelnou. Časté jsou situace, kdy věřitel přihlásí jako

vykonatelnou pouze jistinu pohledávky a příslušenství, jehož popírání je vcelku běžné, nechá jako nevykonatelné, ačkoliv bylo předchozím pravomocným rozhodnutím přiznáno obojí.

3.2 POPÍRÁNÍ VYKONATELNÝCH POHLEDÁVEK

U vykonatelných pohledávek se žalobní břemeno obrací na insolvenčního správce, který musí k úspěšnému popření úspěšně žalovat věřitele, jehož vykonatelná pohledávka byla popřena. Insolvenčnímu správci je na podání žaloby poskytnuta stejná lhůta jako věřiteli, jehož nevykonatelná pohledávka byla popřena, a při podání žaloby je striktně vázán skutečnostmi uplatněnými při popření.

Přestože je insolvenční správce při popírání vykonatelných pohledávek limitován tím, že může uplatnit pouze skutečnosti, které nebyly uplatněny dlužníkem v řízení předcházejícímu vydání příslušného rozhodnutí, stále je prostor pro zpochybňování některých nároků. V souvislosti s tímto je potřeba upozornit na skutečnosti, že ne každá veřejná listina je zároveň rozhodnutím orgánu veřejné moci. Zejména u exekučních titulů v podobě exekutorského nebo notářského zápisu se svolením k vykonatelnosti, které vznikají z iniciativy dlužníka, proto nelze mít dogmaticky za to, že nesou oprávněný nárok, a na insolvenčním správci leží břímě případného popření.³

4. ZÁVĚR

Popěrné právo insolvenčního správce je z hlediska celého procesu insolvenčního řízení velice zajímavým institutem, který by se v určitých ohledech dal označit za nedoceněný. Insolvenční správce může pomocí popěrného práva bránit dlužníka před neoprávněnými nároky věřitelů, které by dále zvyšovaly jeho závazky, a taktéž může chránit ostatní věřitele před zbytečným zkracováním jejich uspokojení v rámci insolvenčního řízení. Insolvenční správce také může představovat do jisté míry ratio ultima pro dlužníka spotřebitele, který by nebyl schopen samostatné obrany proti některým korporátním věřitelům.

Dle osobního názoru autorky je v současné době popěrné právo insolvenčního správce využíváno nedostatečně. Na vině je tomu zejména nedostatečné kapacity a finanční ohodnocení insolvenčních správců, kteří jsou tak nedostatečně motivováni využívat potenciálu insolvenčního zákona, a to zejména v případě spotřebitelských úpadků, kde však bývají neoprávněné nároky z hlediska četnosti zastoupeny nejčastěji.

³ Dále viz KOTOUČOVA, J. a kol. Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), komentář, 2. vydání, Praha: C.H. Beck, 2010, s. 426

Literature:

- KOTOUČOVA, J. a kol. Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), komentář, 2. vydání, Praha: C.H. Beck, 2010, 1100 s., ISBN 978-80-7400-320-2
- KOZÁK, J., BUDÍN, P., DAMAN, A., et al. Insolvenční zákon a předpisy související: nařízení Rady (ES) o úpadkovém řízení: komentář. Praha : ASPI, 2008. 928 s. ISBN 978-80-7357-375-1.
- RICHTER, T. Insolvenční právo. Praha : ASPI, 2008. 472 s. ISBN 978-80-7357-329-4.

Contact – email

spravce@chalupecka.cz

ODPOVĚDNOST STATUTÁRNÍHO ORGÁNU PODLE INSOLVENČNÍHO PRÁVA

JAKUB JUŘENA

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Tento příspěvek si klade za cíl čtenáře seznámit s rozбором ustanovení insolvenčního zákona, která stanoví odpovědnost statutárních orgánů v insolvenčním právu. Statutární orgán právnické osoby nese odpovědnost za své jednání zejména podle norem obchodního práva, je však nutné si uvědomit, že v okamžiku, kdy se po ekonomické stránce právnická osoba dostává do úpadku ve smyslu insolvenčního zákona a rovněž tak v období po úpadku, jsou statutární orgány takového subjektu odpovědné za plnění široké škály povinností, které jim insolvenční právo stanoví. Předmětem příspěvku bude právě rozbor takovýchto odpovědností.

Key words in original language

Insolvenční právo, statutární orgán, odpovědnost statutárního orgánu, insolvenční řízení

Abstract

This paper aims to analyze provisions of the Insolvency Act, which states the responsibility of statutory bodies in the insolvency law. A statutory body of a legal person is responsible for its actions mostly in accordance with commercial law. It is important to note that at the time when the economics of legal person are at the state of bankruptcy and also in the period after bankruptcy, are statutory bodies responsible for implementing a wide range of responsibilities provided by insolvency law. Analyzes of these responsibilities are subject of this contribution.

Key words

Insolvency law, statutory body, responsibility of statutory body under the insolvency law

1. ÚVOD

Cílem tohoto článku je seznámit čtenáře s tím, jakým způsobem rozšiřuje insolvenční právo zákonné povinnosti a potažmo i odpovědnost statutárního orgánu společnosti. Odpovědnost statutárního orgánu je stanovena předně obchodním zákoníkem a rovněž trestním zákonem. Jak již název příspěvku napovídá, předmětem tohoto článku bude výhradně odpovědnost soukromoprávní. Pro účely tohoto příspěvku je rozbor omezen na obecnou část insolvenčního zákona.

2. ODPOVĚDNOST STATUTÁRNÍHO ORGÁNU SPOLEČNOSTI-DLUŽNÍKA PODLE INSOLVENČNÍHO PRÁVA

Tato část příspěvku se zabývá odpovědností statutární orgánu společnosti, která je v pozici dlužníka ve smyslu insolvenčního zákona.

Při běžném fungování společnosti se statutární orgán nachází mimo rozsah insolvenčního zákona. Povinnosti z něj vyplývající statutárnímu orgánu tak zůstávají v latentní rovině. Začít se intenzivně zaobírat těmito povinnostmi je nezbytné v momentě, kdy se očekává nebo dokonce již v ekonomice společnosti nastal nepříznivý ekonomický vývoj.

Klíčovým pojmem, se kterým musí statutární orgán v této situaci pracovat, je úpadek, který z. č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon) (dále jen "IZ") definuje v § 3. Plný rozbor pojmu by byl nad rámec tohoto příspěvku, shrneme tedy, že můžeme rozlišovat:

1) Faktický úpadek

Ten může nabývat formy:

- A) Platební neschopnosti- společnost pozbyla schopnost splácet své závazky.
- B) Předlužení- hodnota pasiv převyšuje hodnotu aktiv společnosti.

2) *Hrozící úpadek*- předpokládá se, že společnost nebude schopna řádně plnit své peněžité závazky.

2.1 POVINNOST PODAT INSOLVENČNÍ NÁVRH

Jelikož je mimo jiné osoby i právě statutární orgán odpovědný za (ne)podání insolvenčního návrhu, je na něm, aby při hospodaření průběžně zkoumal, jestli by neměl být insolvenční návrh podán.

Povinnost podat insolvenční návrh se nevztahuje na všechny formy úpadku.¹ Předně možnost zahájit insolvenční řízení na základě hrozícího úpadku je výlučně právem dlužníka, nikoliv jeho povinností.²

Kdy je tedy statutární orgán povinen insolvenční návrh podat a co mu hrozí v případě, že podání návrhu nezajistí, nebo zajistí opožděně? K odpovědi je nutné analyzovat ustanovení § 98 IZ.

Kumulativně musejí být splněny tyto podmínky:

- 1) Statutární orgán vykonává funkci v podnikající právnické osobě.
- 2) Musí být naplněny zákonné znaky faktického úpadku ve formě platební neschopnosti.³

Statutární orgán rovněž musí zajistit podání insolvenčního návrhu, pokud se jedná o právnickou osobu, na kterou byl pravomocně zastaven výkon rozhodnutí prodejem jejího podniku nebo exekuce podle OSŘ proto, že cena majetku náležejícího k podniku nepřevyšuje výši závazků náležejících k podniku; to neplatí, má-li dlužník ještě jiný podnik.⁴

Původní znění předmětného ustanovení ukládalo povinnost podat insolvenční návrh bez ohledu na to, zda je povinný subjekt v úpadku z předlužení nebo v úpadku způsobeném platební neschopností. Jak je patrné

¹ Rovněž se nevztahuje na všechny dlužníky

² § 97 odst. 3 IZ, § 98 IZ a contrario. Což tedy svědčí o tom, že hrozí úpadek je nástrojem ochrany zájmů dlužníka nikoliv věřitelů.

³ Pro *předlužení* je povinen podávat insolvenční návrh pouze likvidátor společnosti v likvidaci. Zde by potom mohla vzniknout povinnost podávat insolvenční návrh pouze statutárnímu orgánu společnosti, která by likvidaci prováděla (§ 71 odst. 2 ObZ.).

⁴ § 98 odst. 1 IZ věta 2.

dle účinné právní úpravy povinnost návrh podat zůstala na přechodné období jen u subjektu v úpadku pro platební neschopnost. Od 1. ledna 2012 se zákon navrácí k původnímu znění. Znění účinné od 20. 7. 2009 do 31. 12. 2011 přinesla protikrizová novela IZ. Předluženým, ale platebně potentním, subjektům je tak v tomto období poskytnut prostor pro nápravu situace.⁵

Insolvenční návrh musí být podán bez zbytečného odkladu po té, kdy se statutární orgán o úpadku dozvěděl nebo při náležité pečlivosti měl dozvědět.⁶ Pokud mohou osoby, které jsou statutárním orgánem, jednat samostatně, jsou všechny vázány povinností podat insolvenční návrh.⁷

Platí, že když statutární orgán insolvenční návrh včas nepodá, odpovídá za škodu nebo jinou újmu způsobenou věřiteli.⁸ Škoda je přísně paušalizována rozdílem mezi zjištěnou pohledávkou a uspokojením pohledávky v insolvenčním řízení.⁹ Přísnost ještě více vynikne, zmíním-li se o faktu, že u konkursu se jako průměrná míra uspokojení přihlášených pohledávek udávají 3%.

Na druhou stranu je nutno říci, že (možná i kvůli dikci liberačního 3. odstavce § 99 IZ, možná i kvůli nadměrné tvrdosti zákonného paušálu za škodu) si zatím soudy podle mých poznatků dosud neosvojili cestu k aplikaci odpovědnosti za škodu nebo jinou újmu opožděným/nepodaným insolvenčním návrhem.

2.2 ODPOVĚDNOST STATUTÁRNÍHO ORGÁNU ZA TRVÁNÍ MORATORIA

Za škodu nebo jinou újmu, která vznikne věřiteli za trvání moratoria, statutární orgán neodpovídá přímo, nicméně je podle § 127 odst. 1 IZ vázán zákonným ručitelským závazkem.

Moratorium umožňuje dlužníku vyřešit svou ekonomickou situaci mimo úpadek. Pokud soud nestanoví případným předběžným opatřením jinak, zůstává statutárnímu orgánu plná působnost s omezeními spjatými s účinky zahájení insolvenčního řízení, které stanoví § 109 an. IZ.

⁵ Kotoučová, J. et al: Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon). Komentář. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 196.

⁶ § 98 odst. 1 IZ

⁷ § 98 odst. 2 IZ

⁸ § 99 odst. 1 IZ

⁹ § 99 odst. 2 IZ

I v rámci takto omezené působnosti statutárního orgánu, však za moratoria může dlužník jednající statutárním orgánem způsobit svým věřitelům podstatné škody. Na rozdíl od škody způsobené opožděným podáním insolvenčního návrhu zákon škodu konkrétně nevyčísľuje.

2.3 POSKYTOVÁNÍ SOUČINNOSTÍ STATUTÁRNÍM ORGÁNEM

Jakmile je ustanoven insolvenční správce nebo předběžný správce je povinen zahájit šetření ohledně majetkové podstaty dlužníka. Nejlepší znalost o majetkové podstatě má samozřejmě dlužník sám a zákon mu ukládá povinnost součinnosti s insolvenčním správcem.

Jestliže je dlužníkem právnická osoba, povinnost součinnosti nese statutární orgán.¹⁰ Pro případy, ve kterých kapitán opustil potápějící se loď, zákon ukládá povinnost součinnosti rovněž osobě, která byla členem statutárního orgánu v posledních 3 měsících před zahájením insolvenčního řízení.¹¹

Pokud statutární orgán součinnost dobrovolně neposkytuje na základě neformální komunikace se správcem, je nutné, aby správce požádal soud o uložení povinnosti k součinnosti formou usnesení.¹² Neposkytnutí součinnosti by mohlo vést k převedení povinné osoby před soud.¹³

3. ODPOVĚDNOST STATUTÁRNÍHO ORGÁNU SPOLEČNOSTI-VĚŘITELE PODLE INSOLVENČNÍHO PRÁVA

Tato část se bude věnovat odpovědnosti statutárního orgánu společnosti, která v insolvenčním řízení vystupuje v pozici věřitele. Zejména se zaměřím na odpovědnost související s podáním insolvenčního návrhu a s uplatňováním pohledávek.

¹⁰ § 210 odst. 2 IZ

¹¹ Tamtéž

¹² Kozák, J. et al: Insolvenční zákon a předpisy související: komentář. Praha: ASPI, 2008, s. 270.

¹³ § 214 IZ

3.1 ODPOVĚDNOST STATUTÁRNÍHO ORGÁNU ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU PODÁNÍM INSOLVENČNÍHO NÁVRHU

Společnost může jako věřitel podat insolvenční návrh vůči dlužníkovi a tím iniciovat insolvenční řízení. Zahájení insolvenčního řízení má významné dopady do sféry dlužníka. Jednak je omezen v nakládání s majetkovou podstatou. Podle § 111 IZ tak nesmí dlužník významným způsobem majetkovou podstatu ztenčovat, ani podstatně měnit strukturu majetku. Rovněž může být dlužník, dle úvah soudu omezen předběžným opatřením, přičemž mu může být rovněž ustanoven předběžný správce, se kterým by následně musel dlužník kooperovat.

Obzvláště nepříjemné je v souvislosti se zahájeným insolvenčním řízením poškození obchodního jména dlužníka v očích jeho obchodních partnerů a zákazníků.

Negativní dopady zahájení insolvenčního řízení mají své opodstatnění. Obecně řečeno se dává ve všeobecnou známost, že dlužník není solventní a případné kontrahující osoby jsou tak oficiálně upozorněny na související rizika. Rovněž se zamezuje tomu, aby dlužník v úpadku poškozoval svým jednáním věřitele.

Problém nastává, když se na základě věřitelského insolvenčního návrhu úpadek dlužníka před soudem neosvědčí, nebo je řízení zastaveno z formálního důvodu na straně insolvenčního navrhovatele. Pro tyto případy chrání insolvenční právo dlužníka možností vymáhat škodu nebo jinou majetkovou újmu po věřiteli, který návrh podal.

Pokud je insolvenčním navrhovatelem právnická osoba, za vyplacení náhrady škody dlužníkem ručí společně a nerozdílně právě statutární orgán.¹⁴ Ovšem ani zde se aktuálně nemusejí členové statutárního orgánu obávat podávat insolvenční návrhy, neboť ani toto ustanovení nejsou soudy ochotné uvádět do praxe. Z části jistě také proto, že poškození dlužníci nebývají ochotni vyvolávat spor kvůli obtížně prokazatelné výši vzniklé škody a příčinné souvislosti.

Praktickým řešením by mohlo být škodu právě na tomto místě nějakým způsobem paušalizovat. Poněkud obtížnější otázkou je od čeho případně zákonné vyčíslení škody odvíjet. Otázkou rovněž zůstává, jak se aktuální stav změní po účinnosti připravované "protišikanozní" novely insolvenčního zákona.

¹⁴ § 147 odst. 3 IZ

3.2 ODPOVĚDNOST STATUTÁRNÍHO ORGÁNU ZA PŘIHLÁŠENOU POHLEDÁVKU

Nároky věřitelů se v insolvenčním řízení většinou uplatňují přihláškou. Insolvenční zákon počítá s možností, že si z různých důvodů mohou (přestože by samozřejmě neměli) věřitelé přihlásit pohledávku ve výši, která přesahuje rámec jim svěřeného oprávnění.

Jako prevence oproti takovému počínání, ale i jako následná reparace slouží ustanovení § 178 an. IZ. Přísnější nastavení zákona bylo čerstvě změkčeno novelou účinnou od 31. března 2011.

V souvislosti s § 178 a 179 IZ je možné spatřovat odpovědnost statutárního orgánu v ustanovení § 181 IZ, podle kterého ručí za splnění povinností daných § 178 a 179 IZ osoba, kterou přihlášku podepsala, nebo která zmocnila jinou osobu k podpisu. U právnických osob se dá předpokládat, že to bude právě statutární orgán.

Podle dřívější dikce by tak statutární orgán ručil za splacení částky do majetkové podstaty, která by se rovnala rozdílu mezi přihlášenou a zjištěnou výší pohledávky. Soud přitom neměl žádnou možnost moderace a podle dosavadního znění ustanovení § 178 IZ musel soud tuto povinnost věřiteli uložit. V praxi to však rozhodně nebyl běžný postup.

Nová úprava již není vůči věřiteli ani ručícímu statutárnímu orgánu tolik přísná. Nyní je na zvážení správce, zda v případě nadměrné přihlášky pohledávky, soudu navrhne uložit věřiteli povinnost platit do majetkové podstaty. Soud pak platbu určí s přihlédnutím k okolnostem případu. Původní zákonná výše spočívající v rozdílu mezi přihlášenou a zjištěnou výší je nyní již pouze maximální možnou výměrou.

Obdobný postup je i v § 179 IZ pro nadměrné přihlášky zajištěných pohledávek s tím rozdílem že statutární orgán neručí za vyplacení peněz ve prospěch majetkové podstaty, ale ve prospěch věřitelů zajištěných na stejném majetku. Zde však musíme vycházet z toho, že to co zákonodárce označuje, jako " hodnota zajištění uvedená v přihlášce " ve skutečnosti znamená přihlášená výše zajištěné pohledávky. Hodnota zajištění se v přihlášce totiž neuvádí. Pokud bychom na tento krkolomný výklad ustanovení nepřistoupili, znamenalo by to, že by se jednalo o ustanovení, jehož hypotéza by de lege lata nikdy nemohla být naplněna.¹⁵

¹⁵ Richter, T: Insolvenční právo. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 254.

4. SHRNOTÍ:

Příspěvek se zabývá povinnostmi, za jejichž splnění v rámci insolvenčního řízení odpovídá statutární orgán. První část se zaměřuje na odpovědnost statutárního orgánu společnosti- dlužníka; povinnost podat insolvenční návrh a s tím související odpovědnost statutárního orgánu, odpovědnost za trvání moratoria a odpovědnost za poskytování součinnosti insolvenčnímu správci. Druhá část se zabývá odpovědností statutárního orgánu společnosti věřitele; odpovědnost za škodu nebo jinou újmu způsobenou insolvenčním návrhem odpovědnost za podanou přihlášku.

Literature:

- Kozák, J. et al: Insolvenční zákon a předpisy související: komentář. Praha: ASPI, 2008, 928 s. ISBN: 978-80-7357-375-1
- Richter, T: Insolvenční právo. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, 472 s. ISBN: 978-80-7357-329-4
- Kotoučová, J. et al: Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon). Komentář. Praha: C. H. Beck, 2010, 1122s. ISBN: 978-80-7400-320-2

Contact – email:

165820@mail.muni.cz

ODPOVĚDNOST STATUTÁRNÍCH ORGÁNŮ V PŘÍPADĚ BLÍŽÍCÍ SE INSOLVENCE

JAROMÍR KOŽIAK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá některými otázkami spojenými s povinností péče členů statutárních orgánů obchodních společností v případě, že tato společnost se nachází v tíživé ekonomické situaci a lze očekávat, že vůči ní bude zahájeno insolvenční řízení. Pozornost je věnována převážně problematice přípustnosti riskantních obchodních operací, které společnost mohou zachránit, ale také významně poškodit věřitele.

Key words in original language

Obchodní právo, insolvence, obchodní společnosti, péče řádného hospodáře, statutární orgány.

Abstract

This contribution is focused on certain problems concerning the duty of care of the members of company bodies in case that such company is in a difficult economic situation and might be nearing insolvency. Particular regard is given to risky business transactions that may save the company, but can also harm its creditors significantly.

Key words

Commercial law, insolvency, companies, corporations, duty of care, statutory bodies.

Úvodem

Za trvání společnosti jsou statutární orgány povinny jednat dle české právní úpravy s péčí řádného hospodáře. Obdobné pravidlo (duty of care, duty of diligence) obsahuje také většina zahraničních právních řádů¹ - jedná se o vyjádření fiduciárního pouta mezi členem statutárního orgánu a společností samotnou. Tato úprava má řešit prvoplánově především tzv. problémy zastoupení, tedy nesoulad zájmů člena statutárního orgánu a zájmů společnosti v případě, kdy dochází k odlišení vlastnické struktury společnosti od jejího vedení, tedy v případě, kdy společnost má profesionální management.

¹ Omar, P. J., Directors duties and liabilities, Hants, Velká Británie: Ashgate Publishing, 2000,

V druhé řadě je cílem takovýchto pravidel pro jednání členů statutárních orgánů ochrana třetích osob, především věřitelů společnosti před uzavíráním obchodů pro společnost nevýhodných. Tato funkce přichází v úvahu, ať už má společnost oddělené vedení, nebo nikoliv, neboť rovněž zájem většinového společníka nebo akcionáře může být v rozporu se zájmem společnosti a jejich věřitelů. V tomto případě jsou ovšem třetí osoby chráněny nepřímo - zákonodárce přikazuje jednání v zájmu společnosti samotné a až zprostředkovaně tím posiluje postavení věřitelů tím, že zlepšuje solventnost jejich dlužníka.

Existují ovšem případy, kdy jednání v zájmu společnosti nemusí být dostatečnou ochranou, či dokonce může být v rozporu se zájmy jejích věřitelů. Jednou z těchto situací jsou rizikové obchody uzavírané v okamžiku, kdy je společnost v tíživé ekonomické situaci.

Podstata problému

Je otázkou, jak by měl postupovat statutární orgán v situaci, kdy společnost směřuje k insolvenčnímu stavu, dosud však nedošlo k prohlášení insolvence (a ani nemuselo být zahájeno insolvenční řízení). Statutární orgán ovšem přesto ví, že společnost je předlužena a dříve, či později tato situace insolvenčnímu stavu zapříčiní. Co je obsahem fiduciární povinnosti člena statutárního orgánu, když se již nezdá být pravděpodobné, že reorganizací běžné obchodní činnosti je možné společnost zachránit?

Je nepochybně v zájmu společnosti, aby dosáhla co nejlepšího hospodářského výsledku, v dané situaci ovšem lze zvolit dva přístupy, které se odlišují mírou rizika, které na sebe společnost bere. Konzervativní přístup velí vést společnost takovým způsobem, aby do likvidace přišla s co nejmenším předlužením. Je toto ovšem skutečně v zájmu společnosti samotné? Nejde spíše o jednání v zájmu věřitelů? Není přijetí faktu, že společnost spadne do insolvence a snaha o pouhou "minimalizaci škod" naopak v rozporu se zájmem společnosti?

Z těchto úvah vychází opačný myšlenkový proud, který uznává možnost statutárního orgánu v těchto situacích uskutečnit poslední pokus (last ditch) o záchranu společnosti a to uzavřením rizikového obchodu s vysokou potenciální výnosností, který společnost buďto zachrání, ovšem s malou pravděpodobností, nebo ji v případě pravděpodobnějšího neúspěchu pošle do insolvence s daleko větším dluhem (a tím uškodí stávajícím věřitelům). Příkladem takového obchodu může být velmi riziková spekulativní investice na trhu s cennými papíry.

Hodnocení riskantních operací

Většina právních systémů, které se s tímto problémem musela potýkat, hodnotí tuto situaci negativně a riskantní transakce v dané situaci nějakým způsobem omezuje nebo stíhá zúčastněné osoby nějakými sankcemi v případě, že se operace nezdaří (v případě, že společnost uspěje a stane se solventní, ostatně zpravidla nikdo nic nenamítá).

V řadě právních řádů nelze vyvodit zakázanost takovýchto operací přímo z pravidel pro jednání členů statutárních orgánů (spadá do business judgement nebo povinnost je povinnost péče splněna - ochrana věřitelů do ní nespadá).

Právní řády se tímto vypořádávají různými způsoby - modifikací povinností statutárních orgánů v případě blížíci se insolvence, zařazením mezi wrongful trading a tedy konstrukcí odpovědnosti statutárních orgánů, podřazením takto vzniklých pohledávek pohledávkám ostatních věřitelů², trestně-právní ochranou apod.

Zahraniční zkušenosti ovšem ukazují, že není snadné ochranu věřitelů v těchto situacích prosadit, jednak často narážíme na nedostatek informací o obchodech společnosti a jednak často půjde o obchody v šedé zóně, kdy není zcela jasné, zda se nejedná o legitimní operaci³

Hodnocení pohledem platného práva

Dané transakce nelze hodnotit jako nevyhovující péči řádného hospodáře jen proto, že jsou riskantní. Někteří autoři ostatně tvrdí (a podle mého) správně, že výkon funkce člena statutárního orgánu s péčí řádného hospodáře vyžaduje také přebírání určité míry rizika a příliš úzkostlivý správce majetku tak nejedná řádně - podnikání vyžaduje odvahu a kreativitu⁴. Bylo by možné uvažovat o tom, že v případě těchto obchodů jde o riziko nepřiměřeně vysoké, podle mého názoru ovšem tento argument je značně oslabený tím, že společnost se již nachází těsně před insolvencí a technicky tímto rizikem nemá co ztratit - škoda vzniká věřitelům.

Povinnost loajality člena statutárního orgánu je nasměrována dle stávajícího převažujícího názoru právě vůči společnosti⁵ a nikoli vůči společníkům nebo dokonce věřitelům. Z pohledu společnosti je ovšem riskantní

² Schutte-Veenstra, H., Boschma, H., Lennarts, M.L., *Alternative systems for capital protection*, Groningen 2005, publisher: Kluwer, ISBN 90-411-2543-4, pg. 37.

³ Schutte-Veenstra, H., Boschma, H., Lennarts, M.L., *Alternative systems for capital protection*, Groningen 2005, publisher: Kluwer, ISBN 90-411-2543-4, pg. 35.

⁴ Čech P., *Péče řádného hospodáře a povinnost loajality*, Právní rádce 3/2007, str. 4 a násl.

⁵ Např. Bejček, J., *Principy odpovědnosti statutárních a dozorčích orgánů kapitálových společností*, Právní rozhledy 17/2007, str. 614 a násl.

záchranný obchod v pořádku, neboť je již odsouzena k zániku a jedná se o poslední pokus ji zachránit. Takto tedy podle mého nelze odpovědnost statutárních orgánů za porušení péče řádného hospodáře konstruovat.

Přesto považuji "záchranné obchody" v českém právu za nepřipustné. Předně má statutární orgán společnosti povinnost podat insolvenční návrh, pakliže zjistí, že je společnost v úpadku. Toto ustanovení do jisté míry eliminuje problém posuzování "záchranných obchodů". V situacích, kdy by bylo možné uvažovat o legitimitě takového posledního pokusu o záchranu společnosti, totiž právní předpis jednoznačně přikazuje statutárnímu orgánu přivést společnost do insolvence, shora uvedený postup by byl v rozporu s touto povinností a bylo by možné vyvozovat odpovědnost člena statutárního orgánu za porušení jeho povinností.

Problém tohoto řešení tkví v tom, že není vždy možné jednoznačně rozlišovat mezi přechodnou ztrátou společnosti a skutečným a trvalým předlužením společnosti (jak uvádí i některá soudní rozhodnutí⁶) a ve skutečnosti tak společnosti podávají insolvenční návrhy i v případě, že chtějí postupovat v souladu se zákonem s určitým zpožděním, takže nějaký prostor zde přesto vzniká.

Z trestněprávního hlediska by mohlo jít trestný čin poškozování věřitele.⁷ Někteří autoři přímo uvádějí, že tato skutková podstata spadá i na pochybné nebo nevýhodné transakce⁸, kam by náš modelový případ spadal. Nevýhodou této skutkové podstaty je, že vyžaduje ovšem úmyslné zavinění, které se bude v těchto případech velmi obtížně prokazovat. Dřívější judikatura ovšem ukazuje, že se s tím je možné do jisté míry vyrovnat konstrukcí nepřímého úmyslu, kdy si pachatel musel být vědom následků svého činu a byl s nimi srozuměn.^{9 10}

Dané jednání by ovšem mohlo být zhodnoceno jako trestný čin způsobení úpadku¹¹ z hrubé nedbalosti a to jak v případě, že tímto posledním riskantním obchodem byl úpadek přivozen (pachatel činí vydání hrubě nepřiměřená svým poměrům a tím způsobí vlastní úpadek¹²), tak i v případě,

⁶ Usnesení Nejvyššího soudu České republiky sp.zn. 5 Tdo 894/2009, ze dne 26.8.2009.

⁷ § 222 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku.

⁸ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 1. Vydání, Praha: C.H.Beck, str. 2003

⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 30.3.2000, sp. zn. 4 Tz 49/2000.

¹⁰ Prouza, D., Trestní zákoník. 1. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2010, 1280 s., ISBN 978-80-7400-187-1.

¹¹ § 224 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku.

¹² Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 1. Vydání, Praha: C.H.Beck, str. 2031

že společnost již v úpadku byla a touto cestou došlo ke zhoršení postavení stávajících věřitelů (tento případ je trestný podle § 224 odst. 2 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku), neboť místo podání insolvenčního návrhu pachatel dále obchodoval (přijetí nového závazku)¹³.

"Záchranné obchody" tak odporují právu trestnímu a insolvenčnímu a jsou tedy zakázány. V případě, že je nějaké jednání zakázáno, je nepochybně v rozporu s péčí řádného hospodáře, aby se jej dopouštěl člen statutárního orgánu při jednání za společnost. Takto přeneseně je tedy dle mého možné vykonstruovat i porušení péče řádného hospodáře. Nabízí se myšlenka, že tím vlastně dochází k modifikaci jejího obsahu a v případě blížící se insolvence tak péče řádného hospodáře takto přeneseně zahrnuje nejen jednání v zájmu společnosti samé, ale také ohled na práva věřitelů a povinnost společnost přivést do insolvence způsobem, který jim co nejméně uškodí.

Českému právu v těchto věcech ovšem velmi citelně chybí judikatura a z činnosti soudů v této oblasti je patrná značná nejistota a také jistý konzervatismus v rozhodování. Není tedy úplně jisté, zda by zde byla soudcovská odvaha zasáhnout do této ne úplně obvyklé situace a zejména zhodnotit, že se jedná o překročení mezí "business judgement" a porušení veřejnoprávních předpisů.

Závěrem

Lze tedy shrnout, že v českém právním řádu jsou "last ditch" transakce ve snaze zachránit společnost před insolvencí posledním zoufalým a riskantním krokem pravděpodobně nepřipustné. Takové jednání by mohlo být hodnoceno jako porušení péče řádného hospodáře nebo případně jako trestný čin a mohlo by zakládat odpovědnost členů statutárního orgánu.

Literature:

- Bejček, J., Principy odpovědnosti statutárních a dozorčích orgánů kapitálových společností, Právní rozhledy 17/2007, str. 614 a násl.
- Čech P., Péče řádného hospodáře a povinnost loajality, Právní rádce 3/2007, str. 4 a násl.

¹³ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 1. Vydání, Praha: C.H.Beck, str. 2035.

- Omar, P. J., Directors duties and liabilities, Hants, Velká Británie: Ashgate Publishing, 2000, 140 s., ISBN 0-7546-2009-3.
- Prouza, D., Trestní zákoník. 1. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2010, 1280 s., ISBN 978-80-7400- 187-1.
- Schutte-Veenstra, H., Boschma, H., Lennarts, M.L., Alternative systems for capital protection, Groningen, Německo: Kluwer, 2005, , ISBN 90-411-2543-4.
- Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 1. Vydání, Praha: C.H.Beck, 2010 s., ISBN 978-80-7400-178-9.
- Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 30.3.2000, sp. zn. 4 Tz 49/2000.
- Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 26.8.2009, sp.zn. 5 Tdo 894/2009.

Contact – email

Jkoziak@seznam.cz

ODPOVĚDNOST ZA PORUŠENÍ PRAVIDEL HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE SE ZAMĚŘENÍM NA BID RIGGING

IVO MACEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra obchodního práva

Abstract in original language

Cílem tohoto příspěvku je analyzovat způsoby, jakými je vymáhána odpovědnost za porušení pravidel hospodářské soutěže v České republice, Spojených státech amerických a v některých členských zemích Evropské unie. Článek je zaměřen na vymáhání odpovědnosti jednotlivých členů participujících na kartelech a na účastnících bid riggingových dohod, poněvadž bid rigging téměř vždy resultuje v porušení hospodářské soutěže, kdy deformuje trh, na kterém jsou vynakládány veřejné prostředky. Součástí článku jsou rovněž návrhy de lege ferenda.

Key words in original language

odpovědnost, vymáhání odpovědnosti, kartel, bid rigging

Abstract

The subject of this paper is to confront the way, how liability for violation of competition rules is enforced in the Czech Republic, United States and in European Union. Article will be focused on criminal enforcement for cartel members and on members of bid rigging agreement, because bid rigging almost always results in economic harm to the agency which is seeking the bids, and to the public, who ultimately bear the costs as taxpayers or consumers. Article also contains suggestions de lege ferenda.

Key words

liability, criminal enforcement, cartel member, bid rigging

1. VYMEZENÍ HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

S jednotnou definicí hospodářské soutěže se v odborné literatuře nesetkáme. Určité vodítko nám však mohou nabídnout jednotlivé tuzemské právní předpisy, příp. právní předpisy Evropské unie. V hlavě VII Smlouvy o fungování Evropské unie¹ jsou vymezena společná pravidla pro hospodářskou soutěž, daně a sbližování právních předpisů, přičemž kapitola I upravuje přímo pravidla hospodářské soutěže. Články 101 a 102

¹ Smlouva o založení Evropského společenství byla smlouvou C 306 ze dne 17. prosince 2007 (Lisabonská smlouva) přejmenována na Smlouvu o fungování Evropské unie.

Smlouvy² vymezují pravidla pro fungování subjektů na vnitřním trhu Evropské unie. Z článku 101 vyplývá, že s vnitřním trhem Evropské unie jsou neslučitelné, a proto zakázané, veškeré dohody mezi podniky, rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve vzájemné shodě, které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy a jejichž účelem nebo důsledkem je vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže na vnitřním trhu. Pro účely tohoto příspěvku se pak jedná především o dohody, které přímo nebo nepřímo určují nákupní nebo prodejní ceny, omezují nebo kontrolují výrobu, rozdělují trhy nebo zdroje zásobování, uplatňují vůči obchodním partnerům rozdílné podmínky při plnění stejné povahy, či podmiňují uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další plnění, která s předmětem těchto smluv věcně ani podle obchodních zvyklostí nesouvisí. Předchozího je docíleno tím, že účastníci těchto kartelových dohod jako celku mají dominantní postavení na příslušném trhu.

Pro provedení zásad uvedených v předchozím odstavci bylo v souladu s čl. 103 Smlouvy o fungování Evropské unie přijato Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže. Ve vztahu k obsahu tohoto příspěvku jsou pak významná ustanovení věnující se odpovědnosti za porušení pravidel stanovených tímto nařízením. V úvodních zásadách je uvedeno, že *splnění povinností uložených podnikům a sdružením podniků podle tohoto nařízení by mělo být vymahatelné prostřednictvím pokut a penále. Za tím účelem by měla být stanovena také vhodná výše pokut pro porušení procesních předpisů*³. V hlavě VI nařízení jsou pak uvedeny sankce za protiprávní jednání, jež je upraveno tímto nařízením. V případě, že dotčené subjekty neposkytnou Komisi podklady pro její rozhodnutí nebo je neposkytnou ve stanovené lhůtě, popřípadě poskytnou neúplné, falešné či zkreslené informace, hrozí jim pokuta až do výše 1 % z jejich celkového obratu za poslední účetní rok. Dojde-li k porušení čl. 101 nebo 102 Smlouvy o fungování Evropské unie nebo nerespektování nařízeného předběžného opatření či porušení povinností stanovených v rozhodnutí Komise, může být podniku nebo sdružení podniků uložena pokuta až do výše 10 % celkového obratu za poslední účetní rok. Komise se však může rozhodnout i pro tzv. časové pokuty stanovené na základě průměrného denního obratu, tzn. že Komise stanoví na základě výsledků posledního účetního roku průměrný denní obrat podniku a uloží narušujícímu podniku pokutu až do výše 5 % stanoveného denního obratu za každý den do doby, než podnik ukončí jednání narušující čl. 101 nebo 102. Totéž platí v případě porušování předběžného opatření, popřípadě rozhodnutí ve věci samé, a dále na

² Z důvodu teprve nedávného začlenění Lisabonské smlouvy do právního pořádku Evropské unie je možno se v literatuře častěji setkat spíše ve vztahu k evropské úpravě hospodářské soutěže s odkazem na čl. 81 a 82 Smlouvy o založení Evropského společenství.

³ Bod 29) z úvodních důvodů pro vydání nařízení.

případy, než podnik poskytne úplné či správné informace, které Komise požadovala. Pokud jde o jednání sdružení podniků, které nemá právní subjektivitu, pak je sankce nejdříve vymáhána na sdružení jako celku. V případě, že sdružení jako celek nezaplatí, může Komise požadovat uhrazení sankcí nejprve od subjektů, jejichž řídící osoby byly současně osobami jednajícími za sdružení, a nedojde-li k úhradě sankcí ani v tomto případě, pak na jednotlivých členech sdružení přímo, avšak vždy jen do výše 10 % celkového ročního obrátu za poslední účetní období konkrétního subjektu. Jak pak vyplývá ze Zprávy o politice hospodářské soutěže za rok 2006 Evropského hospodářského a sociálního výboru KOM(2007) 358 ze dne 13. 2. 2008, byla přijata nová prahová hodnota pro ochranu před pokutami a snížení pokut v případě kartelů. Při výpočtu výše pokut na základě nových pravidel je částka rovna podílu ročních tržeb z výrobku (až do výše 30 %) vynásobenému počtem let během nichž podnik jednal protiprávně (tento podíl může při opakovaném protiprávním jednání dosáhnout až 100 %). Dále pak byla za účelem zvýšení účinnosti metody kontroly přijata zelená kniha Žaloby o náhradu škody způsobené porušením antimonopolních pravidel ES stanovených v člancích 101 nebo 102 Smlouvy o fungování Evropské unie.

V tuzemské právní úpravě je hospodářská soutěž upravena především zákonem č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých dalších zákonů (dále též "ZOHS"), což vyplývá i z § 42 odst. 1 a 2 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, kde je stanoveno, že zneužitím účasti v hospodářské soutěži je nekalé soutěžní jednání a nedovolené omezování hospodářské soutěže, přičemž nedovolené omezování hospodářské soutěže je upraveno zvláštním zákonem. V ZOHS již zákonodárce operuje s pojmem soutěžitel a ustanovení upravující dohody narušující soutěž jsou pak uvedeny v § 3 a násl. ZOHS. Za dohody narušující soutěž jsou pak považovány *dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen "dohody"), jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též "ÚOHS" nebo "Úřad") nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané.* Odpovědnost za porušení pravidel tohoto zákona je pak upravena v § 22 a násl. ZOHS, kde jsou stanoveny sankce pro fyzické a právnické osoby.

V trestněprávní rovině je pak od 1. 1. 2010 odpovědnost za porušení pravidel hospodářské soutěže stanovena v § 248 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, kde je uvedeno, že odnětím svobody až na tři léta, zákazem činnosti nebo propadnutím věci nebo jiné majetkové hodnoty *bude potrestán, kdo v rozporu s jiným právním předpisem na ochranu hospodářské soutěže se svým konkurentem uzavře dohodu o určení ceny, dohodu o rozdělení trhu nebo jinou dohodu*

narušující hospodářskou soutěž, kdo v rozporu s jiným právním předpisem o veřejných zakázkách poruší závažným způsobem závazná pravidla zadávacího řízení, nebo kdo v rozporu s jiným právním předpisem upravujícím činnost bank a jiných právnických osob oprávněných k provozování finanční činnosti, obchodování s investičními nástroji, kolektivního investování, penzijního připojištění a pojišťovnictví, poruší závažným způsobem závazná pravidla obezřetného podnikání, obhospodařování majetku, odborné péče nebo zákaz vykonávat zákonem nebo úředním rozhodnutím určené úkony, služby nebo jiné činnosti, a způsobí tím ve větším rozsahu újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům, zadavateli nebo jinému dodavateli nebo opatří tím sobě nebo jinému ve větším rozsahu neoprávněné výhody. V případě dohod narušujících hospodářskou soutěž jsou trestné jen horizontální dohody (tzv. hard-core kartely) a nikoliv vertikální dohody, mezi něž patří například dohody mezi dodavatelem a jeho odběratelem.

Z předchozího bych pak chtěl dále upozornit na poměrně specifický postih soutěžitele v případě porušení pravidel hospodářské soutěže, a to konkrétně, kdo zadavateli nebo jinému dodavateli způsobí újmu přes zákaz vykonávat zákonem nebo úředním rozhodnutím určené úkony. Vedle trestněprávního postihu hrozí soutěžiteli, který předloží k prokázání splnění kvalifikace v zadávacím řízení dle zákona o veřejných zakázkách⁴ informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v zadávacím řízení, sankce v podobě pokuty až do výše 10 000 000 Kč a zákaz plnění veřejných zakázek na dobu 3 let.⁵

2. ODPOVĚDNOST ZA PORUŠENÍ PRAVIDEL HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE VE VYBRANÝCH ZEMÍCH

Ve Spojených státech amerických má trestání členů kartelových dohod dlouholetou tradici, avšak po dobu 85 let bylo porušení pravidel hospodářské soutěže považováno pouze za přestupek. Až od roku 1975 se toto jednání stalo trestným činem a v roce 2004 byly stanoveny maximální trestné sazby, jak je známe dnes.⁶ Ačkoliv odsouzení za jednání v rozporu s právními předpisy nejsou umísťováni do těch nejpřísněji střežených

⁴ Tzv. správní delikt dodavatele, upraveno v § 120a zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

⁵ V řadě případů je možno se setkat s námitkou, že takto postižený soutěžitel jednoduchým způsobem založí novou společnost a veřejných zakázek se bude účastnit nadále. Z tohoto důvodu však zadavatelé mohou využít poměrně často používaného institutu, a tím je (kromě povinně požadovaného výpisu z trestního rejstříku) možnost po uchazečích požadovat referenční zakázky vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky. V daném případě se předpokládá, že kromě nákladů souvisejících se založením nové společnosti bude mít soutěžitel i další náklady spojené se zajištěním potřebných referenčních zakázek.

⁶ CROFTS, Lewis, *White-Collared*, Brusel: MLex Magazine, 5. vyd., 2011, str. 9.

vězení, hrozí jim odnětí svobody až na deset let a pokuta do výše jednoho milionu dolarů. Rozhodujícím faktorem pro úspěšné prokázání kartelových dohod je i rychlost samotného správního řízení prokazující protiprávní jednání. Z různých statistik je možno vypočítat, že vyšetřování kartelů ve Spojených státech amerických probíhá přibližně sedmkrát rychleji než v evropských státech. To ovšem souvisí i s rozdílným přístupem při prokazování porušení pravidel hospodářské soutěže. Americký antimonopolní úřad zajímá především "fair competition" na straně agregátní nabídky, tzn. nakolik činnost a velikost firmy blokuje vstup do odvětví dalším potenciálním producentům, zatímco Komise Evropské unie analyzuje i dopady na stranu agregátní poptávky, tzn. i z hlediska ochrany spotřebitele, což je jistě časově náročnější a důkazně obsáhlejší.

Trestní postih protisoutěžního jednání v podobě kartelových dohod má ve svém právním řádu zakotven celá řada členských států Evropské unie, jedná se např. o Dánsko, Estonsko, Francii, Irsko, Kypr, Lucembursko, Maďarsko, Maltu, Německo, Rumunsko, Řecko, Slovensko a Slovinsko. Prvním úspěšným trestním řízením v Evropě prokazující protiprávní jednání v oblasti hospodářské soutěže bylo řízení před soudem v Irsku v roce 2006, kde bylo 14 zástupců společností účastnících se kartelových dohod odsouzeno k trestu odnětí svobody. Od té doby se však podařilo více či méně prokázat pouze další dva případy kartelových dohod, za které by zástupci těchto společností byli odsouzeni k trestu odnětí svobody.⁷

Pokud se podíváme na trestní stíhání osob za porušení pravidel hospodářské soutěže v Maďarsku, tak od roku 2006, kdy byla přijata možnost trestně stíhat zástupce společností účastnících se kartelových dohod, nebylo toto jednání v žádném případě prokázáno. Naopak klesl počet odhalených zakázaných kartelových dohod, neboť účastníci těchto dohod se obávají využít institutu tzv. leniency programu, který účastníkům kartelů zajišťuje shovívavost a případně i možnost neudělení pokuty. Pokud soutěžitel kartel ohlásí a poskytne k němu veškeré jemu dostupné informace a důkazy, může se kompletně vyhnout postihu či dosáhnout alespoň podstatného snížení pokuty.⁸ Vzhledem k tomu, že leniency program nezajistí, že odpovědní zástupci těchto společností nebudou později trestně stíháni, klesla ochota jednotlivých členů kartelových dohod spolupracovat se soutěžním úřadem. Ve výsledku tak zavedení trestní odpovědnosti za porušení pravidel hospodářské soutěže působí spíše kontraproduktivně.

⁷ V obou případech se jednalo o porušení pravidel hospodářské soutěže prokázané britským Office of Fair Trading, kde následovalo trestní stíhání.

⁸ Podrobnější informace k Leniency programu jsou k dispozici i na internetových stránkách českého soutěžního úřadu:

<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/zakazane-dohody-a-zneuziti-dominance/leniency-program/>

S případem, kde byly soutěžním úřadem potrestány konkrétní osoby, je možno se setkat v Nizozemí. V oblasti strojího průmyslu zde byli potrestáni tři členové představenstva pokutou ve výši 10 tis. až 250 tis. eur za podávání tzv. smluvených nabídek⁹ ve veřejných soutěžích. V Německu je trestným činem v oblasti hospodářské soutěže pouze jednání vedoucí k bid riggingu.

Mnohem větší hrozbou je pro vedoucí zaměstnance společností účastnících se zakázaných dohod možnost být souzen za škody způsobené samotné společnosti. Pokud je prokázáno protiprávní jednání konkrétních vedoucích zaměstnanců v oblasti hospodářské soutěže, jen s obtížemi pak tyto osoby hledají uplatnění v obdobných pozicích v jiných společnostech. K otázce požadavku náhrady škody po vedoucích zaměstnancích se v aktuálním případě vyslovil britský Court of Appeal, kde akcionáři společnosti Safeway požadovali po svých vedoucích zaměstnancích náhradu škody ve výši 5,7 mil. liber, což byla pokuta, kterou za podíl na kartelových dohodách uložil této společnosti britský soutěžní úřad. Court of Appeal rozsudkem ze dne 21.12.2010 rozhodl, že sankce, kterou obdržela společnost za své jednání v rozporu s pravidly hospodářské soutěže, nemůže být následně vymáhána po jednotlivcích. Proti tomuto rozsudku Court of Appeal podali v lednu 2011 akcionáři společnosti dovolání k britskému Supreme Court, který v dané věci doposud nerozhodl.

3. BID RIGGING

Bid riggingem, neboli tzv. smluvenou nabídkou, se rozumí kartelová dohoda mezi uchazeči o veřejnou zakázku, kteří úmyslně nepodávají konkurenční nabídky, přičemž důsledkem je poškození zadavatele veřejné zakázky, resp. nejsou účelně vynakládány veřejné prostředky, které slouží k financování veřejné zakázky.¹⁰ Bid rigging se vyskytuje, pokud se podniky, u kterých by se jinak očekávalo, že si budou vzájemně konkurovat, tajně dohodnou a zvýší ceny či sníží kvalitu zboží nebo služeb pro kupující, kteří si přejí získat zboží nebo služby prostřednictvím výběrového řízení.

Různé formy bid riggingu často zahrnují opatření k rozdělení a distribuci dodatečných zisků obdržených jako výsledek konečné smluvní ceny mezi účastníky zakázaných dohod. Jednou z takových forem je postup, kdy někteří z členů kartelu souhlasí s tím, že nepředloží nabídku nebo předloží nabídku nastavenou tak, aby byla tzv. krycí nabídkou, a umístila se v pořadí za dohodnutou nabídkou, která má zvítězit. Uchazeči s krycími nabídkami pak obdrží subdodavatelské kontrakty od vítězného uchazeče s cenou vyšší,

⁹ Podrobněji ke smluveným nabídkám (tzv. bid riggingu) v kapitole 3. tohoto příspěvku.

¹⁰ Pokyny pro boj proti bid riggingu, především pro potřeby zadavatelů, jsou zpracovány v dokumentu OECD, který je dostupný v elektronické podobě na internetových stránkách <http://www.oecd.org/dataoecd/29/44/42886665.pdf>

než se běžně pohybuje v konkurenčním tržním prostředí. Odhalení a následné prokázání takových dohod je zadavatelem, příp. soutěžním úřadem, poměrně náročné.

V České republice se prozatím podařily prokázat dvě bid riggingové dohody, ačkoliv v soudním přezkumu nebylo dosud definitivně rozhodnuto. Nejvyšší pokuta, jaká doposud byla českým soutěžním úřadem uložena, byla právě za bid riggingové dohody v oblasti výrobců tzv. plynem izolovaného spínacího ústrojí (PISU). Dohodu se podařilo prokázat díky leniency programu, kdy jeden z účastníků kartelu podal soutěžnímu úřadu informace ohledně předmětné bid riggingové dohody. Sankcionováno bylo celkem 16 společností, které se kartelu účastnily. Verdikt o existenci kartelu byl potvrzen druhostupňovým rozhodnutím ÚOHS v dubnu 2007, přičemž u dvou firem byly sankce sníženy – celková výše pokut všem společnostem činí 941,881 mil. Kč.¹¹ Případ však není prozatím finálně ukončen, neboť rozhodnutí bylo zrušeno v červnu 2008 Krajským soudem v Brně. ÚOHS následně podal kasační stížnost, které Nejvyšší správní soud v dubnu 2009 vyhověl. V prosinci 2009 pak Krajský soud nové řízení přerušil a položil předběžné otázky Soudnímu dvoru Evropské unie.

Typičtějším příkladem tuzemských bid riggingových dohod pak bylo správní řízení ukončené v roce 2010, kdy ÚOHS udělil pokutu za kartelové dohody mezi uchazeči o veřejnou zakázku pro Vojenskou ubytovací a stavební správu v Litoměřicích. Účastníkům kartelu byla uložena pokuta v celkové výši 4,9 mil. Kč, avšak i v tomto případě není rozhodnutí dosud definitivní.

Poměrně zajímavým případem v oblasti bid riggingu je pak rozhodnutí CE/4327-04 britského soutěžního úřadu Office of Fair Trading z 21. 9. 2009, které bylo odvolacím soudem 22. 3. 2011 potvrzeno. Jedná se o zakázané dohody 103 společností v oblasti strojírenského průmyslu, přičemž rozhodnutí soutěžního úřadu bylo zpracováno na 1945 stran.

4. ZÁVĚR A NÁVRHY DE LEGE FERENDA

Účastníci hospodářské soutěže mají řadu možností, jak se bránit protiprávnímu jednání ze strany dalších soutěžitelů. Těm pak hrozí jedna z řady sankcí, s kterými se mohou v oblasti hospodářské soutěže setkat. Ačkoliv smyslem tohoto příspěvku nebylo analyzovat kompletní výčet možných druhů postihu protiprávně jednajícího soutěžitele, i tak je zřejmé, že v oblasti odpovědnosti je hospodářská soutěž regulována

¹¹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je dohledatelné na internetových stránkách www.compet.cz. Spisová značka předmětného správního řízení je S222/2006 a prvostupňové rozhodnutí je ze dne 9. 2. 2007. Pokuta byla udělena za dohody uzavírané pouze do roku 2004, neboť následně od vstupu České republiky do Evropské unie byli členové kartelu sankcionováni Evropskou komisí.

poměrně rozsáhlé. Zajímavé bude především sledovat, jak budou soudy přistupovat k trestní odpovědnosti stanovené v § 248 trestního zákoníku a zda se vytvoří určitým způsobem uchopitelné "case law". Současně je však třeba analyzovat, zda novým způsobem definovaná trestní odpovědnost bude mít vliv na odhalování kartelů pomocí leniency programu. Ve světě se pak můžeme častěji setkat s trestní odpovědností v případě prokázání bid riggingových dohod.

Do budoucna pak bude přibírat na významu soukromoprávní vymáhání škody za porušení pravidel hospodářské soutěže. Pokud se i v této oblasti u nás nevytvoří "case law" alespoň na minimální úrovni, nezbude než čekat, zda k obdobnému kroku přistoupí Evropská unie s jednotnými pravidly pro soukromoprávní vymáhání škody ve všech členských státech.

Ke zlepšení soutěžního prostředí by pak mohla vést i cesta, kdy by akcionáři vymáhali škody způsobené vedoucími zaměstnanci, kteří se s jinak svými konkurenty dohodli na zakázaných dohodách. V dané věci je však obtížné stanovit hranici, kde končí odpovědnost společnosti jako celku, a začíná odpovědnost jednotlivce jako vedoucího zaměstnance.

Literature:

- CROFTS, Lewis, *White-Collared*, Brusel : MLex Magazine, 5. vyd., 2011, str. 66, ISSN 2042-7093
- Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. *Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo*. 5. vydání. Praha : C. H. Beck, 2007, 652 s., ISBN 978-80-7179-583-4
- Organizace pro ekonomickou spolupráci a rozvoj, *Pokyny pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku*, OECD, 2009, 17 s., dostupné z: <<http://www.oecd.org/dataoecd/29/44/42886665.pdf>>
- Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, *Sbírky rozhodnutí*, dostupné z <<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/>>

Contact – email

99522@mail.muni.cz

TRESTNÁ ZODPOVEDNOSŤ PRÁVNICKÝCH OSÔB V SLOVENSKOM PRÁVNOM PORIADKU

JOZEF MEDELSKÝ

Fakulta práva, Paneurópska vysoká škola, Ústav verejného práva, Slovenská republika

Abstract in original language

Trestná zodpovednosť právnických osôb umožňuje postihovať právnické osoby za ich protiprávne konanie, umožňuje uložiť sankcie za konanie, ktoré nie je v súlade so zákonom a ktoré je spoločnosťou nežiaduce. Slovenská republika prijala úpravu trestnej zodpovednosti právnických v podobe tzv. nepravnej trestnej zodpovednosti, ktorej základ tvorí konanie vedené proti fyzickej osobe, avšak popri treste fyzickej osobe, môže byť uložená trestnoprávna sankcia aj právnickej osobe, ktorá je zodpovedná za porušenie ustanovení zákona. Slovenská republika sa tak pridala k väčšine štátov Európy, ktoré si splnili svoje medzinárodné záväzky a zaviedli jednu z foriem trestnej zodpovednosti právnických osôb.

Key words in original language

trestná zodpovednosť právnických osôb, druhy trestnej zodpovednosti, slovenská právna úprava, medzinárodné záväzky, zhabanie peňažnej čiastky, zhabanie majetku, účel úpravy, prax slovenskej úpravy

Abstract

Criminal liability of legal entities enables state to take legal steps against the abusive actions of companies by using sanctions against actions which are not in accordance with the law. The Slovak republic adopted the legal procedure of criminal. In addition there can be taken legal steps also against the company which is accountable for the breaching of the law. By introducing this type of liability, The Slovak republic joined other European states and also fulfilled the international obligations by which it was bound.

Key words

criminal liability of legal entities, types of the criminal liability, Slovak law regulation, international obligations, financial sanction, conscript of wealth, purpose of regulation, future experience of Slovak regulation

1. ÚVOD

Trestná zodpovednosť právnických osôb predstavuje jednu z najaktuálnejších tém, ktorá je debatovaná tak na akademickej pôde, medzi odborníkmi, ako aj laikmi a širokou verejnosťou. Najčastejšie kladenou otázkou je: Prečo zaviesť trestnú zodpovednosť právnických osôb? A tou druhou: Ak zaviesť, tak akou formou? Z celosvetového meradla, za kolísku trestnej zodpovednosti právnických osôb môžeme pokladať angloamerický

system práva. Už začiatkom 19. storočia sa objavovali hlasy podporujúce myšlienku zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb. Napokon od roku 1840 sa v Anglicku trestná zodpovednosť právnických osôb skutočne praktizuje.¹ Anglicko, a teda aj anglosaský právny systém môžeme považovať za kolísku trestnej zodpovednosti právnických osôb.

Právna teória rozlišuje tri základné „typy“ trestnej zodpovednosti právnických osôb.

„Pravá trestná zodpovednosť právnických osôb: Táto úprava je obsiahnutá buď priamo v trestnom zákone alebo v osobitnom právnom predpise. Právnické osoby sú zodpovedné za užší alebo širší okruh trestných činov a dotknutým spoločnostiam je možné uložiť trestnoprávne sankcie. Tento spôsob regulácie zaviedla väčšina štátov Európskej únie.

Nepravá trestná zodpovednosť právnických osôb: Právnickým osobám je možné uložiť trestnoprávnu sankciu alebo „kvázitrestnoprávnu sankciu“ v trestnom procese vedenom proti fyzickej osobe. Môže sa jednať o takú právnu úpravu, ktorá pozná iba zodpovednosť fyzických osôb, ale právnickej osobe je možné uložiť napríklad zhabanie prospechu z trestnej činnosti, obzvlášť keď páchatel' jednal v úmysle získať pre právnickú osobu prospech, alebo postihnúť právnickú osobu odobratím oprávnenia k podnikateľskej činnosti, obzvlášť keď právnická osoba mala možnosť trestnej činnosti fyzickej osoby zamedziť (kontrolou, dohľadom, výmenou zodpovedného zástupcu). Príkladom môže byť platná právna úprava Španielskeho kráľovstva.

Regulácia protiprávnej činnosti právnických osôb prostredníctvom administratívnoprávnych sankcií, a to spôsobom, ktorý zodpovedá medzinárodným dokumentom, podľa ktorých jednotlivé štáty majú právnickým osobám ukladať „účinné, primerané a odstrašujúce“ sankcie. Takýto spôsob regulácie protiprávnej činnosti právnických osôb zvolilo Nemecko.“²

2. HISTORICKÝ ASPEKT SLOVENSKEJ PRÁVNEJ ÚPRAVY

Trestná zodpovednosť právnických osôb bola predmetom diskusií na pôde slovenského zákonodarného zboru už od roku 2004. Neskôr tomu tak bolo v roku 2005, následne v roku 2006 boli preložené dva návrhy, predposledným bol návrh z roku 2008 a napokon návrh z roku 2010, ktorý ako jediný prešiel schválením Národnou radou Slovenskej republiky. Jednotlivé predkladané návrhy, až na ten posledný z roku 2010 stroskotali na nejednotnosti a vôli zákonodarcov zaviesť trestnú zodpovednosť

¹ Wells, C., *Corporations and Criminality Liability*, Oxford: 2001, reprinted: 2005, str. 94

² Jelínek, J., *Trestní odpovědnost právnických osob*, Praha, Linde, 2007, str. 22

právnických osôb a teda aj skutočne postihovať ich protiprávnu činnosť. Samotné návrhy od roku 2004 až do roku 2010 prešli mnohými a zásadnými zmenami. Jednotlivé návrhy rozoberali spočiatku tzv. formu pravej trestnej zodpovednosti, neskôr táto forma bola zredukovaná na niektoré taxatívne vymenované trestné činy, následne sa zákonodarný zbor zaoberal tzv. nepravou trestnou zodpovednosťou, čo napokon aj vyústilo v prijatie tejto poslednej úpravy do slovenského právneho poriadku.

2.1 VLÁDNY NÁVRH 2004

Vládny návrh z roku 2004 sa ako prvý pokúšal riešiť potrebu zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb. Samotná úprava bola zapracovaná v rámci pripravovanej rekodifikácie trestného práva. Úprava bola obsiahnutá v piatej hlave pripravovaného Trestného zákona pod názvom „Trestná zodpovednosť právnických osôb“, uvedená v § 122 až § 130. Úpravu bolo možné rozdeliť do troch častí. V prvej časti zákonodarca opisoval všeobecné ustanovenia o trestnej zodpovednosti právnických osôb, v druhej pojednával o druhoch trestov a ochranných opatreniach, ktoré budú postihovať protiprávnu činnosť právnických osôb. Tretia časť bola zameraná na ukladanie a výkon jednotlivých trestov a ochranných opatrení, ktoré mali byť právnickej osobe uložené.

2.1.1 PRVÁ ČASŤ:

Prvá časť sa zaoberá zavedením trestnej zodpovednosti právnických osôb.

Ustanovením § 122 ods. 1: „sa zavádza originálna trestná zodpovednosť právnických osôb za chybné a nesprávne konanie jej vedenia. Tým sa ustupuje od tradičného „societas deliquere non potest“ (spoločnosť – korporácia nemôže byť potrestaná)“³. Zákonodarca v rámci dôvodovej správy zároveň priznáva, že nedefinuje pojem právnickej osoby a zároveň sa odvoláva na iné právne odvetvia (občiansky zákonník, obchodný zákonník,) kde by mala byť právna úprava vymedzenia tohto pojmu dostatočná.

V odseku druhom zákonodarca vymedzuje skutočnosť, že trestná zodpovednosť právnických osôb nebude postihovať štát, štátne orgány, obce a vyšší územný celok. Zákonodarca vychádza predovšetkým zo skutočnosti, že ak by reálne došlo k spáchaniu trestného činu zo strany predstaviteľa štátu, tak tieto skutky sú výlučne ich osobnými skutkami bez predpokladaného materiálneho príspevku štátu a teda bude vylúčené aplikovať trestnú zodpovednosť právnických osôb. Záverom tohto ustanovenia zákonodarca dodáva, že štát nemôže trestať sám seba.

³ Dôvodová správa k novele Trestného zákona, 2004

V § 122 ods. 3 sú obsiahnuté ustanovenia o pôsobnosti Trestného zákona na okruh právnických osôb na ktoré sa trestná zodpovednosť právnických osôb použije:

„ (3) Trestná zodpovednosť právnickej osoby sa posudzuje podľa tohto zákona vtedy, ak:

trestný čin bol spáchaný na území Slovenskej republiky,

trestný čin spáchala v cudzine právnická osoba majúca sídlo v Slovenskej republike alebo právnická osoba, ktorá má na území Slovenskej republiky podnik alebo organizačnú zložku.“⁴

Záverom prvej časti v § 123 zákonodarca pojednáva a vymedzuje skutočnosť kedy je trestný čin spáchaný právnickou osobou. Konkrétne ustanovuje, že trestný čin je spáchaný ak konal v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom:

- a) jej štatutárny orgán alebo jeho člen,
- b) člen dozorného orgánu, alebo
- c) iná osoba oprávnená konať za právnickú osobu.

Následne v rámci ods. 2 autor dodáva, že trestná zodpovednosť právnickej osoby nevylučuje trestnú zodpovednosť fyzickej osoby. Posledné ustanovenie § 123 dodáva, že právnická osoba je zodpovedná za všetky trestné činy uvedené v osobitnej časti Trestného zákona s výnimkou, ak by páchatelom konkrétneho trestného činu mohol byť iba špeciálny alebo konkrétny subjekt. Jednalo by sa teda o osobu, ktorá by mala určitú spôsobilosť, postavenie alebo vlastnosť (vojak, matka novonarodeného vojaka...)

2.1.2 DRUHÁ ČASŤ

Obsahom druhej časti vládneho návrhu bolo ustanovenie druhov trestov a ochranných opatrení, ktoré budú postihovať protiprávne konanie právnickej osoby. V rámci § 124 pripravovaného Trestného zákona zákonodarca ponúka nasledovné sankcie pre právnické osoby:

„(1) Za spáchaný trestný čin môže súd uložiť právnickej osobe len tieto tresty

- a) peňažný trest,

⁴ § 122 ods. 3 vlastného materiálu k novele Trestného zákona, 2004

- b) trest zrušenia právnickej osoby,
- c) trest prepadnutia majetku,
- d) trest prepadnutia vecí,
- e) trest zákazu vymedzenej činnosti,
- f) trest zákazu alebo obmedzenia prijímať verejné dotácie alebo subvencie, alebo
- g) trest zákazu účasti vo verejnom obstarávaní.

(2) Za spáchaný trestný čin môže súd uložiť právnickej osobe len tieto ochranné opatrenia

zhabanie vecí,

súdny dohľad nad činnosťou právnickej osoby.⁵

Uvedený katalóg trestov mal byť efektívnym spôsobom postihovania právnických osôb. Právnické osoby by mali byť postihované prevažne majetkovými trestami, aby bolo zasiahnuté do najcitlivejšej oblasti právnickej osoby, teda do jej ziskov. Ponúkaný katalóg bol jedným z dôvodov neprijatia tejto navrhovanej úpravy, keďže jestvovala obava, že uvedené sankcie budú postihovať, resp. budú mať dopad na tretie osoby, ako napríklad na zamestnancov dotknutej právnickej osoby, ktorej bola sankcia uložená.

2.1.3 TRETIA ČASŤ

Tretia časť rieši problematiku ukladania a výkonu jednotlivých sankcií, ktoré môžu právnické osoby postihovať. Zákonodarca v rámci tejto tretej časti dodáva, že na ukladanie a výkon trestov a ochranných opatrení, ktoré sa dotýkajú právnických osôb sa použijú všeobecné zásady pre ukladanie trestov a ochranných opatrení. Pri treste prepadnutia majetku alebo jeho časti, v prípade podozrenia zo spáchania trestného činu tým, že právnická osoba nadobudla majetok trestnou činnosťou, zákonodarca ustanovil, aby dotknutá právnická osoba preukázala legálny pôvod nadobudnutého majetku, inak jej bude trest prepadnutia majetku alebo jeho časti uložený. Zavádza sa teda povinnosť tzv. obráteného dôkazného bremena dotknutej právnickej osoby. Zákonodarca taktiež určuje, že konkrétne tresty (trest zrušenia právnickej osoby, trest prepadnutia majetku, trest zákazu vymedzenej činnosti) a ochranné opatrenia (zhabanie vecí, súdny dohľad nad činnosťou právnickej osoby) nemôžu postihnúť politickú stranu alebo

⁵ § 124 ods. 1 a ods. 2 vlastného materiálu k novele Trestného zákona, 2004

hnutie alebo právnickú osobu zriadenú zákonom. Je tomu tak preto, že opačný postup by znamenal neprístupný zásah do politických práv zaručených ústavou v čl. 26 – 32 Ústavy SR.

Zvzhľadom na nejasnosti a predovšetkým na absentujúcu politickú vôľu prijať tak závažnú a potrebnú úpravu minister spravodlivosti dňa 8.02.2005 zobral vládny návrh zákona späť.

2.2 VLÁDNY NÁVRH Z ROKU 2005

Vládny návrh z roku 2005 predstavoval len prepracovanejšiu úpravu pôvodne navrhovanej zmeny z roku 2004. Oproti predošlej úprave, tá z roku 2005 navrhovala niekoľko zmien. Úprava bola rovnako rozdelená do troch častí.

2.2.1 PRVÁ ČASŤ:

V prvej časti zákonodarca rovnako pojednáva o pojme právnická osoba a o samotnom zavedení trestnej zodpovednosti právnickej osoby. Oproti predošlej úprave však v § 122 ods. 1 dodáva: „Za podmienok ustanovených v tejto hlave je trestne zodpovedná aj právnická osoba alebo jej právny nástupca; právny nástupca len vtedy, ak štatutárny orgán alebo jeho člen, dozorný orgán alebo jeho člen alebo iná osoba oprávnená konať alebo rozhodovať za právnickú osobu vedel alebo mohol vedieť, že právnická osoba spáchala čin, ktorý vykazuje znaky trestného činu.“⁶ Pripravovaný návrh teda oproti návrhu z roku 2004 ustanovoval aj možnosť prechodu povinností na právneho nástupcu sankcionovanej právnickej osoby a to za podmienky, že táto nástupnícka právnická osoba vedela alebo mohla vedieť, že právnická osoba spáchala trestný čin. Základná zmena nového návrhu spočívala vo vymedzení konkrétnych trestných činov, ktoré sa právnická osoba môže dopustiť. Rozdiel teda spočíval v tom, že návrh z roku 2004 umožňoval, aby právnické osoby boli postihované za všetky trestné činy. Návrh z roku 2005 ponúka taxatívny výpočet trestných činov, ktorých sa právnická osoba môže dopustiť. Jednalo sa o výpočet trestných činov uvedených v hlavách dva, štyri, päť, šesť, osem, deväť a dvanásť. Aj z týchto hláv zákonodarca vyseletoval, len konkrétnu skupinku trestných činov.⁷

⁶ § 122 ods. 1 vlastného materiálu k novele Trestného zákona, 2005

⁷ II. hlava - nedovolená výroba omamných a psychotropných látok, jedov alebo prekurzorov, ich držanie a obchodovanie s nimi podľa § 181 a § 182, obchodovanie s ľuďmi podľa § 188, obchodovanie s deťmi podľa § 189 a § 190

IV. hlava – neoprávnené vyrobenie a používanie elektronického platobného prostriedku a inej platobnej karty podľa § 228, neoprávnené obohatenie podľa § 235, podielníctvo podľa § 240, legalizácia príjmu z trestnej činnosti podľa § 242 a § 243, poškodzovanie a zneužitie záznamu na nosiči informácií podľa § 256,

2.2.2 DRUHÁ ČASŤ:

Druhá časť podobne obsahovala taxatívny výpočet jednotlivých druhov trestov a ochranných opatrení. Samotný katalóg trestov sa oproti skôr navrhovanej úprave nezmenil. Zmenilo sa ustanovenie, v rámci ktorého nebolo možné uložiť konkrétne tresty a ochranné opatrenia politickej strane alebo hnutiu alebo právnickej osobe zriadenej zákonom.

2.2.3 TRETIA ČASŤ:

Tretia časť sa dotýkala len niekoľkých zmien. Konkrétne sa zmena dotkla skutočnosti, že politickej strane alebo hnutiu alebo právnickej osobe zriadenej zákonom nebolo možné uložiť trest zrušenia právnickej osoby, trest prepadnutia majetku, trest zákazu vymedzenej činnosti. Z ochranných opatrení nebolo možné uložiť týmto subjektom len ochranné opatrenie súdneho dohľadu nad činnosťou právnickej osoby, vypadla teda možnosť uloženia aj prvého ochranného opatrenia zhabania vecí. Pribudol taktiež nový bod. Konkrétne, že trest (trest zrušenia právnickej osoby, trest prepadnutia majetku, trest zákazu vymedzenej činnosti a ochranné opatrenie, trest zákazu alebo obmedzenia prijímať verejné dotácie alebo subvencie, trest zákazu účasti vo verejnom obstarávaní) a ochranné opatrenie (súdny dohľad nad činnosťou právnickej osoby) nemôže byť uložené mestskej časti, obci alebo vyššiemu územnému celku.

Z navrhovaných zmien podobne bola vypustená trestná zodpovednosť právnických osôb. Jestvovala obava, že by sa touto úpravou zaviedol kolektívny trest, ktorý by mal dosah aj na zamestnancov, ktorí v končennom dôsledku nie sú zodpovední za protiprávnu činnosť právnickej osoby.

V. hlava – poškodzovanie finančných záujmov Európskych spoločností podľa § 270 a § 271, falšovanie, pozmeňovanie a neoprávnená výroba peňazí a cenných papierov podľa § 279, uvádzanie falšovaných, pozmenených a neoprávnené vyrobených peňazí a cenných papierov podľa § 280, výroba a držanie falšovateľského náčinia podľa § 281, porušovanie práv k ochrannej známke, označeniu pôvodu výrobku a obchodnému menu podľa § 290, porušovanie priemyselných práv podľa § 291, porušovanie autorského práva podľa § 292,

VI. hlava – všeobecné ohrozenie podľa § 293, nedovolené ozbrojovanie a obchodovanie so zbraňami podľa § 303 a § 304, založenie, zosnovanie a podporovanie zločineckej skupiny podľa § 305, založenie, zosnovanie a podporovanie teroristickej skupiny podľa § 306, nedovolená výroba a držanie jadrových materiálov, rádioaktívnych látok a vysoko rizikových chemických látok podľa § 307 a § 308, ohrozenie a poškodenie životného prostredia podľa § 309, neoprávnené nakladanie s odpadmi podľa § 311, porušovanie ochrany vôd a ovzdušia podľa § 312, porušovanie ochrany rastlín a živočíchov podľa § 314, únik organizmov podľa § 318,

VIII. hlava – prijímanie úplatku podľa § 337, § 338, § 339 a § 340, podplácanie podľa § 341, § 342, § 343 a § 344, nepriama korupcia podľa § 345, marenie spravodlivosti podľa § 353, prevádzkačstvo podľa § 364 a § 365,

IX. hlava – kupliarstvo podľa § 376, výroba detskej pornografie podľa § 377, rozširovanie detskej pornografie podľa § 378, prechovávanie detskej pornografie podľa § 379,

XII. hlava – terorizmus podľa § 427

2.3 NÁVRHY Z ROKU 2006

V roku 2006 boli zákonodarnému zboru Slovenskej republiky predložené dva návrhy zákonov, ktoré riešili problematiku trestnej zodpovednosti právnických osôb. Prvý návrh pochádzal z dielne opozičných poslancov pod záštitou bývalého ministra spravodlivosti Daniela Lipšica. Druhý návrh bol vládny návrh. Oba návrhy boli takmer identické.

Opozičný návrh pozostával z troch základných častí, ktoré je možné rozdeliť nasledovne. Obsahom prvej časti boli všeobecné, hmotnoprávne ustanovenia. Druhá časť riešila problematiku z procesného hľadiska a tretia časť obsahovala spoločné, prechodné a záverečné ustanovenia.

2.3.1 HMOTNOPRÁVNE USTANOVENIA

V dôvodovej správe vystupuje do popredia, ako dôvod zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb aj skutočnosť plnenia si medzinárodných záväzkov, ktoré predovšetkým vychádzajú z členstva Slovenskej republiky v Európskej únii. Opozičný návrh začiatkom ustanovoval, ako predmet zákona, zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb. Podobne ako v predošlých návrhoch vymedzoval okruh subjektov, na ktoré sa ustanovenia navrhovaného zákona nepoužijú, pričom návrh zákona umožňoval, aby sa trestná zodpovednosť týkala aj tých obchodných spoločností, v ktorých má štát majetkový podiel alebo v ktorých riadiacich orgánoch má svojich zástupcov. Návrh upravoval aj možnosť postihnutia právneho nástupcu. Podobne ako v návrhu z roku 2005, aj tento predkladaný návrh len taxatívne vymenovával trestné činy, za ktoré môže byť právnická osoba sankcionovaná. Opozičný návrh upravoval inštitúty účinnej ľútosti, premlčania výkonu trestu a zahľadania odsúdenia.⁸ Pokiaľ ide o jednotlivé druhy trestov a ochranných opatrení, tak oproti predošlým návrhom pribudol jeden nový druh trestu. Konkrétne sa jednalo o trest zverejnenia odsudzujúceho rozsudku, pričom tento trest mohol byť uložený len popri inom treste. Návrh zároveň stanovil, že nie je možné uložiť popri sebe trest prepadnutia vecí a prepadnutia majetku. Ochranné opatrenie bolo taktiež možné uložiť popri treste alebo samostatne. Návrh rovnako ako v predošlých rokoch pojednával o nemožnosti postihnúť konkrétnymi sankciami politické strany alebo hnutia alebo právnické osoby zriadené zákonom. Rovnako aj obce a vyššie územné celky a mestské časti v Bratislave a mestské časti v Košiciach. Následné predkladaný návrh upravoval ukladanie a výkon jednotlivých sankcií.

⁸ § 6 vlastného materiálu opozičného návrhu zákona o trestnej zodpovednosti právnických a o zmene a doplnení niektorých zákonov osôb, 2006

2.3.2 PROCESNÉ USTANOVENIA

Procesné ustanovenia sa snažili vyriešiť problematiku postihovania právnických osôb, ktoré sa dopustili protiprávneho konania. Samotný návrh pojednával o inštitútoch trestného konania ako napríklad: zabezpečovacie opatrenia, miestna príslušnosť súdu, spoločné konanie, zastupovanie právnickej osoby a možnosť mať obhajcu, oznamovanie úkonov trestného konania, predvolanie a predvedenie zástupcov právnickej osoby, vrátane možnosti uloženia poriadkovej pokuty, výsluch, záverečnú reč a posledné slovo, prerušenie výkonu uloženého trestu a napokon aj výkon druhov trestov a ochranných opatrení upravených v hmotnoprávnej časti navrhovaného zákona.

2.3.3 SPOLOČNÉ, PRECHODNÉ A ZÁVEREČNÉ USTANOVENIA

Tretia časť obsahovala ustanovenia o účinnosti zákona, o skutočnosti že týmto zákonom sa preberajú konkrétne právne akty Európskych spoločenstiev a Európskej únie. Upravoval dôležitú skutočnosť, že ak sa v Trestnom zákone hovorí o osobe alebo fyzickej osobe, rozumie sa tým na účely tohto zákona tiež právnická osoba. Napokon ustanovoval, že ak tento zákon neustanovuje inak, subsidiárne sa použijú ustanovenia Trestného zákona a Trestného poriadku.

Vládny návrh bol vo svojej podstate identický s návrhom opozičných poslancov. Taktiež sa delil na tri časti. Pojednával teda o hmotnoprávnej a procesnoprávnej stránke a zároveň obsahoval aj spoločné, prechodné a záverečné ustanovenia. Filozofia predkladaného návrhu bola rovnaká a to potreba zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb ako splnenie medzinárodného záväzku vyplývajúceho z členstva v Európskej únii a iných medzinárodných organizáciách.

Predkladané návrhy vychádzali z potreby zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb. Oba predkladané návrhy neprešli ani celým legislatívnym procesom. Rovnako ako predošlé návrhy stroskotali a trestná zodpovednosť právnických osôb nebola prijatá.

2.4 VLÁDNY NÁVRH Z ROKU 2008

V roku 2008 Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky predložilo na rokovanie vlády návrh novely Trestného zákona a Trestného poriadku. Najzásadnejšou zmenou malo byť zavedenie tzv. nepravej trestnej zodpovednosti právnických osôb. Konkrétne podoba mala pozostávať zo zavedenia dvoch nových ochranných opatrení, konkrétne zhabania určenej výšky finančných prostriedkov a zhabania majetku. Vláda však navrhovaný materiál neschválila, a teda návrh sa nedostal ani do parlamentu. Po prvý krát bola vyjadrená koncepcia zvedenia nepravej trestnej zodpovednosti čo bolo podkladom pre prijatie následného návrhu v roku 2010.

2.5 VLÁDNY NÁVRH Z ROKU 2010

V roku 2010 začal ďalší pokus o zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb, ktorý napokon vyústil v schválenie zákona č. 224/2010 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z.z. v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Vládny návrh vychádzal z návrhu z roku 2008, ktorý ustanovoval tzv. nepravú trestnú zodpovednosť právnických osôb.

Úprava účinná od 1. septembra 2010 spočíva v zavedení nových trestnoprávných sankcií, tzv. kvázisankcií, v podobe ochranných opatrení voči právnickým osobám, teda nie je možné hovoriť o priamych trestoch. Právnické osoby sú sankcionované za protiprávne konanie popri treste, ktorý je uložený fyzickým osobám konajúcim za danú právnickú osobu.

Konkrétne sa jedná o dva druhy ochranných opatrení:

a) zhabanie peňažnej čiastky

b) zhabanie majetku

2.5.1 ZHABANIE PEŇAŽNEJ ČIASTKY

Ochranné opatrenie zhabania peňažnej čiastky môže súd v prípade porušenia ustanovení Trestného zákona uložiť fakultatívne. Účelom opatrenia je sankcionovať právnickú osobu za porušenie povinností osôb oprávnených konať za túto osobu v čoho dôsledku došlo k spáchaniu činu hoci aj v štádiu pokusu alebo k účasti na trestnom čine (§ 83 Trestného zákona). Samotné ochranné opatrenie pozostáva z výroku súdu o tom, že sa uloží určená finančná čiastka vo výške zodpovedajúcej protiprávnemu konaniu a povinná právnická osoba by mala na ňu reagovať uhradením v lehote nie kratšej ako tridsať dní od právoplatnosti rozhodnutia. V prípade neuhradenia v stanovenej lehote sa prikróči k v výkonu rozhodnutia.

Ochranné opatrenie súd uloží ak bol spáchaný TČ právnickou osobou a to v súvislosti s:

výkonom oprávnenia zastupovať právnickú osobu

výkonom oprávnenia prijímať rozhodnutia v mene právnickej osoby

výkonom oprávnenia vykonávať kontrolu v rámci právnickej osoby

so zanedbaním dohľadu alebo náležitej starostlivosti v právnickej osobe

Návrh prokurátora na uloženie ochranného opatrenia nebude podmienený žiadnou väzbou na trestné stíhanie fyzickej osoby. Bude sa môcť podať v okamihu ak budú zistené vyššie uvedené okolnosti porušenia právneho predpisu zo strany právnickej osoby.

Zhabanie určenej výšky finančných prostriedkov môže súd uložiť vo výške od 800 eur do 1 660 000 eur, pričom súd prihliada na závažnosť spáchaného činu, rozsah, získaný prospech, škodu, okolnosti spáchania a následky. Ochranné opatrenie zhabania peňažnej čiastky nemôže postihovať majetok štátu, Európskej únie, orgánu cudzieho štátu, majetok medzinárodných organizácií, štátnych rozpočtových a príspevkových organizácií, obce, vyššieho územného celku, atď. Taktiež sa neukladá v prípade ak došlo k zániku trestnosti premlčaním trestného stíhania alebo na základe účinnej ľútosti. Zákon predpokladá prechod povinností na právneho nástupcu v prípade zániku právnickej osoby. Obdržaná peňažná čiastka pripadá štátu.

2.5.2 ZHABANIE MAJETKU

Ochranné opatrenia zhabania majetku je súdom ukladané obligatórne. Kvázitrestná sankcia zhabania majetku sa viaže len na taxatívne vymenované trestné činy uvedené v Trestnom zákone.

Účelom opatrenia je odňať majetok, ktorý právnická osoba nadobudla v dôsledku spáchania trestného činu uvedeného v § 58 ods.2 Trestného zákona⁹.

Zákonná úprava navrhuje, aby logickým dôsledkom uloženia tohto ochranného opatrenia bolo vyhlásenie konkurzu na majetok tejto právnickej osoby. Uložené ochranné opatrenie zhabanie majetku bude postihovať len majetok, ktorého vlastníkom bude odsúdený, teda právnická osoba po skončení konkurzného konania. Právna úprava preferuje primárne uspokojenie pohľadávok veriteľov dotknutej právnickej osoby a až následne zámer štátu spôsobiť majetkovú ujmu dotknutej právnickej osobe.

⁹ Trest prepadnutia majetku súd uloží, ak odsudzuje páchatel'a za spáchanie trestného činu nedovolennej výroby omamných a psychotropných látok, jedov alebo prekurzorov, ich držanie a obchodovanie s nimi, trestného činu obchodovania s ľuďmi, trestného činu vydierania, trestného činu hrubého nátlaku, trestného činu nátlaku, trestného činu podielníctva, trestného činu legalizácie príjmu z trestnej činnosti, trestného činu falšovania, pozmeňovania a neoprávnenej výroby peňazí a cenných papierov, trestného činu uvádzania falšovaných, pozmeňovaných a neoprávnene vyrobených peňazí a cenných papierov, trestného činu výroby a držby falšovateľského náčinia, trestného činu skrátenia dane a poistného, trestného činu neodvedenia dane a poistného, trestného činu nezaplatenia dane, trestného činu porušenia predpisov o štátnych technických opatreniach na označenie tovaru, trestného činu založenia, zosnovania podporovania zločineckej skupiny, trestného činu založenia, zosnovania podporovania teroristickej skupiny, trestného činu prijímania úplatku, trestného činu podplácania, trestného činu falšovania a pozmeňovania verejnej listiny, úradnej pečate, úradnej uzávery, úradného znaku a úradnej značky, trestného činu prevádzkačstva, trestného činu kupliarstva, trestného činu výroby detskej pornografie, trestného činu rozširovania detskej pornografie, trestného činu ohrozovania mravnosti, trestného činu terorizmu a niektorých foriem účasti na terorizme a páchatel' nadobudol majetok aspoň v značnom rozsahu trestnou činnosťou alebo z príjmov pochádzajúcich z trestnej činnosti.

Ochranné opatrenie zhabania majetku nemôže postihnúť majetok štátu, Európskej únie, orgánu cudzieho štátu, majetok medzinárodných organizácií, štátnych rozpočtových a príspevkových organizácií, obce, vyššieho územného celku, atď., podobne ako pri ochrannom opatrení zhabania peňažnej čiastky.

V prípade tohto ochranného opatrenie, zákon upravuje aj dôvod prečo by nemalo byť toto opatrenie uložené. Súd neuloží opatrenie zhabania majetku ak to odôvodňuje dôležitý verejný záujem. Takýmto záujmom je napríklad, že uložené opatrenie bude mať za následok prepúšťanie zamestnancov dotknutej právnickej osoby. V danom prípade, aby nedošlo k situácii, že právnické osoby nebudú sankcionované za protiprávne konanie, súd uloží ochranné opatrenie zhabanie peňažnej čiastky.

Spolu z novelizáciu Trestného zákona, ktorá zaviedla nepravú trestnú zodpovednosť právnických osôb, došlo aj k novelizácii Trestného poriadku, zákona o správe a vymáhaní súdnych poplatkov a zákona o konkurze a reštrukturalizácii a napokon zákona o registri trestov.

3. ZÁVER

Proces prijímania trestnej zodpovednosti právnických osôb bol veľmi zdĺhavý. Je potrebné povedať, že táto problematika, ktorá je predmetom celosvetových debát je veľmi obsiahla a náročná. V pomeroch Slovenskej republiky je však komplikované povedať či práve komplikovanosť tejto problematiky bola tým prvým a pravým dôvodom prečo nebola trestná zodpovednosť právnických osôb v slovenskom právnom poriadku zavedená. Ako je zrejmé, aj navrhovaná právna úprava riešila túto problematiku rozlične. Návrhy sa menili, doplňali, no ani táto skutočnosť nepriniesla samotné zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb. Odborníci, členovia zákonodarného zboru aj verejnosť si je vedomá potreby zavedenia takejto zodpovednosti, ako efektívneho nástroja v boji proti ekonomickej kriminalite prevažne páchanej právnickými osobami. V Slovenskej republike bola napokon prijatá v roku 2010 tzv. nepravá trestná zodpovednosť právnických osôb. Úprava sa premietla v zavedení dvoch „kvázitrestnoprávných“ sankcií v podobe ochranných opatrení. Je potrebné povedať, že Slovenská republika si splnila svoje medzinárodné záväzky a prijala niektorú z foriem trestnej zodpovednosti. Táto úprava, ktorá je účinná od 1. septembra 2010 ešte však nebola aplikovaná v praxi. Značná časť odborníkov sa prikláňa k názoru, že táto norma je absolventnou a teda jej použitie nie je ani možné. Zastávajú sa názory, že pri príprave tak závažnej problematiky nebol do úvahy pribraný názor akademickej obce. Je teda možné povedať, že nepravá trestná zodpovednosť právnických osôb je v Slovenskej republike vnímaná negatívne. Prevažuje názor, že Slovenská republika mala ísť cestou pravej trestnej zodpovednosti právnických osôb a teda mala byť zavedená kolektívna zodpovednosť, kde by bola právnická osoba postihovaná za všetky trestné činy uvedené v osobitnej časti

Trestného zákona. Je potrebné poukázať, že takýto návrh tu bol, avšak ani ten nebol schválený. Kde potom hľadať dôvod nemožnosti či neschopnosti prijatia tejto úpravy od roku 2004? Absentujúca politická vôľa a lobbying nadnárodných spoločností, ktorým sú ponúkané nemalé výhody, dokážu ovplyvniť aj názor členov zákonodarného zboru, ktorí všetci svorne tvrdia, že trestnú zodpovednosť právnických osôb je potrebné prijať, avšak skutočnosť je iná.

Prijatá právna úprava by v každom prípade mala mať svoj priestor v praxi, aby bolo následne možné vyhodnotiť potrebu doplnenia o nové druhy sankcií alebo o prijatie komplexnej zmeny a prejdenia na iný druh trestnej zodpovednosti právnických osôb.

Nesporným pozitívom slovenskej právnej úpravy je fakt, že Slovenská republika prijala jednu z odporúčaných úprav a splnila si tak svoje medzinárodné záväzky.

Literature:

- Ivor J. a kolektív, Trestné právo hmotné, Všeobecná časť 1, Bratislava, Iura Edition, 2006, s. 530, ISBN 80-8078-099-4
- Jelínek, J., Trestní odpovědnost právnických osob, Praha, Linde, 2007, s. 270, ISBN 978-80-7201-683-9
- Wells, C., Corporations and Criminality Liability, Oxford: 2001, reprinted: 2005, p. 198, ISBN 0-19-924619-X
- Vlastný materiál k novele Trestného zákona, 2004
- Dôvodová správa k novele Trestného zákona, 2004
- Vlastný materiál k novele Trestného zákona, 2005
- Dôvodová správa k novele Trestného zákona, 2005
- Vlastný materiál opozičného návrhu zákona o trestnej zodpovednosti právnických a o zmene a doplnení niektorých zákonov osôb, 2006
- Dôvodová správa k opozičnému návrhu zákona o trestnej zodpovednosti právnických a o zmene a doplnení niektorých zákonov osôb, 2006
- Vlastný materiál vládneho návrhu novely Trestného zákona, 2006
- Dôvodová správa k vládne návrhu zákona o trestnej zodpovednosti právnických a o zmene a doplnení niektorých zákonov osôb, 2006

- Vlastný materiál vládneho návrhu novely Trestného zákona, 2008
- Dôvodová správa k vládnemu návrhu zákona o trestnej zodpovednosti právnických a o zmene a doplnení niektorých zákonov osôb, 2008
- Zákona č. 224/2010 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z.z. v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov
- Dôvodová správa k návrhu zákona č. 224/2010 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov
- Zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov
- Zákon č. 301/2005 Z.z. Trestný poriadok v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov
- Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob jako předmět zkoumání, <http://www.mvcr.cz/clanek/trestni-odpovednost-pravnickych-osob-jako-predmet-zkoumani.aspx>

Contact – email

jozef_medelsky@hotmail.com

PENALTIES AS A RESULT OF TAX

LENKA NĚMCOVÁ

Masaryk University, Faculty of Law, Czech Republic

Abstract in original language

V článku s názvem „Sankce jako následek daňové kontroly“ se zaměřuji především na následky daňové kontroly, jenž představuje ucelený kontrolní mechanismus správy daní. S účinností od 1. ledna 2011 vstoupil v platnost zákon č. 280/2009 Sb. Daňový řád, který upravuje jak práva, tak i povinnosti daňových subjektů, včetně sankcí za jejich porušení. V práci uvádím jednak finančněprávní následky daňové kontroly, jako např. úroky z prodlení, pokutu za opožděné tvrzení daně či pořádkovou pokutu. Vedle těchto sankcí však může mít daňová kontrola i trestněprávní následky, jenž mohou pro daňový subjekt znamenat mnohem větší postih než sankce finančního charakteru. Vzhledem k tomu, že v českém daňovém řádu není možné najít žádný úzce profilovaný právní předpis, který by upravoval trestní právo daňové, je nezbytné se řídit úpravou již zmiňovaného daňového řádu a zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoníku, který trestné činy daňové upravuje.

Key words in original language

Daňová kontrola, daňový subjekt, sankce, finančněprávní následky, trestněprávní následky, Daňový řád, správce daně, daňová povinnost.

Abstract

An article titled "Sanctions as a result of the tax" focuses on the effects of tax, which is a comprehensive control mechanism of tax administration. With effect from 1 January 2011 of Act No. 280/2009 Coll. Tax Rules entries into force, this governs both rights and obligations of taxpayers, including penalties for violations. In my thesis I'm introducing financially legal tax consequences, such as interest on late payment penalty for late tax claims or disciplinary penalty. In addition to these penalties tax audit and criminal consequences may mean much greater penalty than the penalty of a financial nature for the taxpayer. Given that in the Czech Tax Order we cannot find any closely profiled legal regulation that would govern the penal tax law is necessary to follow the rules already mentioned the Tax Code and Law No. 40/2009 Coll., Penal Code, offenses tax adjusted.

Key words

Tax review, tax payer, penalties, criminal consequences, financially legal tax consequences, tax rules, tax, tax liability.

1. ÚVOD

S účinností od 1. 1. 2011 vstoupil v platnost zákon č. 280/2009 Sb. Daňový řád (dále také DŘ), který od tohoto data nahradil stávající zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků (dále také ZSDP). Daňový řád oproti původnímu zákon o správě daní a poplatků je mnohem obsáhlejší a mnohem podrobněji a komplexněji řeší jak otázku daňové kontroly, tak i jejího samotného postupu. V novém DŘ je daňová kontrola vymezena § 85, kde se uvádí: „1) Předmětem daňové kontroly jsou daňové povinnosti, tvrzení daňového subjektu nebo jiné okolnosti rozhodné pro správné zjištění a stanovení daně vztahující se k jednomu daňovému řízení.“¹ Navzdory tomu, že daňovým subjektem mohou být jak fyzické, tak i právnické osoby, zaměřím se ve své práci především na osoby právnické, jelikož se domnívám, že jejich komunikace se správcem daně je mnohem častější než u osob fyzických. „Daňová kontrola je jedním z klíčových institutů daňového řízení.“² Důvodem této skutečnosti je to, že daňový subjekt, jež podává daňové přiznání si výši daňové povinnosti stanovuje sám a to na základě vlastních podkladů, na jejichž základě vypočítá výši daně. Tento výsledek, tedy částku, jež uvedl do svého daňového přiznání je daňový subjekt povinen doložit a to především v průběhu daňové kontroly, jež představuje kontrolní mechanismus při správě daní. „Daňovou kontrolu lze tedy vnímat jako ucelený soubor dílčích úkonů správce daně tvořících samostatný celek, který lze realizovat v rámci konkrétního probíhajícího daňového řízení, přičemž daňovým řízením se rozumí řízení o jedné dani a za jedno zdaňovací období nebo řízení vedené ve vztahu k jednotlivé skutečnosti.“³ Vzhledem k tomu, že daňový subjekt si vyměřuje daňovou povinnost sám, je úkolem finančních úřadů, aby prováděly kontrolu zda byla daň vyměřena a zaplacená v řádné výši, zda byly dodrženy zákonem dané postupy a zda byly aplikovány správné sazby daně. Daňový subjekt zde má příliš velký prostor pro to, aby v celém vyměřovacím postupu udělal buď nevědomky chybu nebo záměrně a nesprávně uvedl výši své daňové povinnosti. Proto, aby se předcházelo do budoucna těmto nepřesnostem a špatným postupům, stanovuje daňový řád sankce, které by měly působit preventivně tak, aby daňový poplatník měl zájem stanovit a zaplatit výši daně ve správné výši. Může se jednat o dva typy sankcí, které mohou být v těchto případech uplatňovány. Jedná se buď o sankce finančního charakteru, které jsou uvedeny v daňovém řádu nebo sankce trestněprávní, jež jsou upraveny v zákoně č. 40/2009 Sb., trestní zákoník. Domnívám se,

¹ Zákon č. 280/2009 Sb. Daňový řád, § 85 odst. 1

² ZATLOUKAL, T. Daňová kontrola v širších souvislostech. 2. přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, str. 1.

³ ZATLOUKAL, T. Daňová kontrola v širších souvislostech. 2. přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, str. 1.

že ať už se jedná o finanční nebo trestněprávní následky daňové kontroly, při rozhodnutí správce daně o aplikaci některé z možných sankcí, tato skutečnost daňový subjekt vždy poškodí. Mělo by tak být v jeho zájmu se tomuto postihu vyhnout, snažit se tak o co nejpřesnější daňová přiznání a co nejvíce průhledné účetnictví, které slouží jako podklad pro samotnou daňovou kontrolu.

2. FINANČNÍ SANKCE JAKO NÁSLEDEK DAŇOVÉ KONTROLY

Jak jsem již uvedla výše, daňový řád, který je účinný od ledna roku 2011 je oproti ZSDP mnohem obsáhlejší, konkrétnější a ucelenější. Následky porušení povinností při správě daně se zabývá část čtvrtá daňového řádu. Proto, aby mohl správce daně přistoupit k aplikaci některého z postihů, které mu zákon umožňuje, musí nejprve dojít k porušení povinnosti ze strany daňového poplatníka, který se svým chováním dopustil takového jednání, které je v rozporu se zákonem nebo naopak neučinil to, co mu daňový řád ukládá. Daňový řád konkrétně umožňuje postih ve formě pořádkové pokuty, pokuty za opožděné tvrzení daně, penále a úrok z prodlení. Nejčastější situací, kdy dochází k porušení povinnosti ze strany daňového poplatníka, je to, že správce daně, neboli finanční úřad při výkonu daňové kontroly dojde k závěru, že poplatníkem spočítaná, přiznaná a zaplacená daň neodpovídá skutečné výši daňové povinnosti, tak jak měla být správně přiznána a zaplacená. Správce daně na tuto skutečnost musí reagovat. Daňovou kontrolu tak ukončí kontrolním nálesem, po němž následuje doměření daně. Doměřovací řízení je upraveno § 143 daňového řádu a dle odstavce 3 tohoto paragrafu je jako následek daňové kontroly zahajováno z moci úřední. V praxi je nejčastějším případem situace, kdy přiznaná daň je menší než daň skutečná. Případy, kdy by daň byla přiznána ve výši převyšující daň skutečnou nebo kdy by se přiznaná výše daňové povinnosti rovnala správné výši daně jsou v běžné praxi mnohem méně časté. Četnost těchto případů je možné označit za vzácné. Výsledkem doměřovacího řízení je dodatečný platební výměr, jímž finanční úřad informuje daňový subjekt o výši doměřené daně, jež je rozdílem mezi výší daně tvrzené daňovým subjektem a skutečnou výší daňové povinnosti subjektu. Dle DŘ je splatnost takto vyměřené daně 15 dnů ode dne právní moci platebního výměru. Pokud je však v doměřovacím řízení zjištěno snížení daně, je nezbytné, aby subjekt o vrácení tohoto přeplatku správce daně požádal. Nejprve jsou však z těchto prostředků kryty případné nedoplatky a dluhy, které daňový subjekt vůči správci daně má. V tomto případě pak samozřejmě není možné uplatňovat jakékoliv další sankce. Pokud však dojde k doměření daně, nevyhne se daňový subjekt tomu, aby mu k této částce bylo vyčísleno také příslušenství, tj. úrok z prodlení a penále. Obě tyto sankce mohou být subjektu uloženy jednotlivě nebo i současně.

Úrok z prodlení je upraven § 252 a § 253 daňového řádu. Povinnost daňového subjektu uhradit úrok z prodlení vzniká v okamžiku, kdy se dostane do prodlení s platnou splatné daně. § 252 odst. 2 udává, že: „Daňovému subjektu vzniká povinnost uhradit úrok z prodlení za každý den prodlení, počínaje pátým pracovním dnem následujícím po dni splatnosti až do dne platby včetně. Výše úroku z prodlení odpovídá ročně výši repo sazby stanovené Českou národní bankou, zvýšené o 14 procentních bodů, platné pro první den příslušného kalendářního pololetí. Úrok z prodlení se uplatní nejdéle za 5 let prodlení. Pokud je pro daň stanoven náhradní den splatnosti, běží úrok z prodlení počínaje pátým pracovním dnem následujícím po původním dni její splatnosti.⁴ Pokud však jde o doměřenou daň, rozumí se dnem splatnosti den, kdy měla být tato doměřená daň správně přiznána a zaplacená, tedy den splatnosti daně ve špatné výši tvrzené daňovým subjektem. Nikoli náhradní den splatnosti, jež je poskytnut subjektu k uhrazení doměřené daně. Mnohdy se tak může jednat o nemalou částku, jelikož správce daně může dle § 148 daňového řádu stanovit daň nejpozději do uplynutí prekluzivní lhůty, která v tomto případě činí 3 roky. Přičemž lhůta pro stanovení daně počíná běžet dnem, kdy uplynula lhůta pro podání řádného daňového tvrzení (např. daňového přiznání), nebo kdy se stala splatnou, aniž by měl daňový subjekt povinnost podat řádné daňové tvrzení.

Povinnost uhradit penále dle daňového řádu vzniká v případě, pokud je doměřena daňová povinnost správcem daně. Pokud je však daňová povinnost doměřena v rámci dodatečného daňového přiznání či dodatečného vyúčtování, je povinnost hradit penále v těchto případech vyloučena. Penále je zákonem daná sankce, jež je vyjádřena v procentuální sazbou a to konkrétně ve výši 20 % oproti poslední známé dani, je-li daň zvyšována, 20 % je-li snižován daňový odpočet a 1 % je-li snižována daňová ztráta. Penále je součástí dodatečného platebního výměru, vyhotovovaným správcem daně, kde je také přesná sazba vyčíslena. Tato suma se také přepíše do evidence daní a je splatná ke stejnému dni jako doměřená daň. Povinnost platby úroků z prodlení přitom na penále nemá vliv.

Další typy sankcí, tedy pořádková pokuta a pokuta za opožděné tvrzení daně již nemá takovou souvislost na konkrétní vyčíslení daňové povinnosti. Pořádková pokuta představuje prostředek správce daně, jak zabránit subjektu, jež svými úkony při jednání se správcem daně ztěžuje průběh řízení a to závažným způsobem. Jedná se především o ty situace, kdy je rušen pořádek a to navzdory předchozímu napomenutí, není uposlechnuto pokynů úřední osoby, jež vede řízení nebo pokud je úřední osoba či osoba na jednání zúčastněná urážena a to bez ohledu na to, že byla již napomenuta. V těchto případech zákon umožňuje uložit pokutu až do výše 50 tis. Kč.

⁴ Zákon č. 280/2009 Sb. Daňový řád, 252 odst. 2

Stejná výše může být uložena také osobě, která aniž by pro to měla dostatečnou omluvu, nevyhoví výzvě ke splnění výzvě ke splnění povinnosti nepeněžitě povahy, a tímto způsobem dochází k maření výkonu správy daní nebo alespoň k jejímu ztížení. Pořádkovou pokutu je možné ukládat i opakovaně. Zároveň je možné proti uložení pořádkové pokuty podat odvolání.

Povinnosti podávat daňové přiznání či dodatečné daňové přiznání je daňovým subjektům dána zákonem a nesplnění této povinnosti je sankcionováno pokutou za opožděné tvrzení daně, a to pokud je tato povinnost překročena o více než 5 pracovních dní. Opět se jedná o sankci, jež je vyjádřena procentuelně v závislosti na výši daně, daňového odpočtu či daňové ztráty, přičemž maximální výše pokuty nepřesáhne 5 % daně, daňového odpočtu a daňové ztráty, maximálně však 300 tis. Kč. Povinnost je porušena, pokud daňový subjekt nepodal hlášení, vyúčtování, následné hlášení nebo dodatečné vyúčtování, navzdory tomu, že mu zákon toto povinnost ukládá. Splatnost této pokuty je 30 dnů ode dne oznámení platebního výměru.

3. TRESTNĚPRÁVNÍ NÁSLEDKY DAŇOVÉ KONTROLY

Povinnost vůči státním orgánům, v tomto případě k finančním úřadům jako správci daně, s sebou nese odpovědnost, jejíž porušení může být postiženo jak finančně, jak již bylo ostatně uvedeno v předchozí části. Avšak neodvedení daně nebo porušení dalších povinností s sebou může nést i trestněprávní odpovědnost, jejíž následky mohou být mnohem závažnější než sankce peněžního charakteru. V našem právním řádu není žádný úzce profilovaný zákon zaměřený na trestné činy v daňové správě, je proto nezbytné hledat v trestněprávních všeobecných normách, v tomto případě v Zákoně č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, který s účinností od 1. ledna 2010 nahradil původní trestní zákon z roku 1961. Trestní zákoník upravuje trestné činy hospodářské v části druhé tohoto zákona a zahrnuje trestné činy daňové, poplatkové a devizové. Dle aktuálních právních předpisů však v našem právním řádu neexistuje právní odpovědnost právnických osob, které však mají odpovědnost za podání daňového přiznání a zaplacení daně ve správné výši spočítané dle platné legislativy a předpisů vydávaných ministerstvem financí. Vzhledem k této skutečnosti tak může být trestný čin z oblasti daňové správy spáchán pouze konkrétní fyzickou osobou, nejčastěji osobou, jež jedná jménem právnické osoby, tedy jednatelem nebo osobou zplnomocněnou na základě plné moci, kdy však trestné činy daňové musí být spáchány osobou úmyslně. Avšak je také nutné zvážit podmínky požití vyšší trestní sazby, k níž se přihlédne pokud jsou splněny podmínky § 17 trestního zákoníku. Jedná se o tyto případy:

„a) jde-li o těžší následek, i tehdy, zavinil-li jej pachatel z nedbalosti, vyjímaje případy, že trestní zákon vyžaduje i zde zavinění úmyslné, nebo

b) jde-li o jinou skutečnost, i tehdy, jestliže o ní pachatel nevěděl, ač o ní vzhledem k okolnostem a k svým osobním poměrům vědět měl a mohl, vyjímaje případy, kdy trestní zákon vyžaduje, aby o ní pachatel věděl.“⁵

„To znamená, že k naplnění tzv. kvalifikované skutkové podstaty, která vede k aplikaci vyšší trestní sazby, postačuje zavinění nedbalostní, a nikoliv úmyslné, pokud její použití trestního zákoník výslovně nepodmiňuje úmyslem. Kvalifikovaná skutková podstata je tvořena znaky základní skutkové podstaty a potom ještě dalším znakem, který je charakterizován vyšší typovou společenskou škodlivostí daného trestního činu.“⁶ Je tedy třeba brát v potaz nejen částku, o níž měl daňový subjekt zájem daň zkrátit, o níž přiznal a zaplatil daň nižší či vůbec nepřiznal, ale pro správnou kvalifikaci trestného činu je nezbytné vyčíslit skutečnou sumu včetně příslušenství, jež v konečném důsledku činila zkrácenou daň. Aby nedošlo k pochybám, udává trestní zákoník i přesnou definici škody, kdy činí rozdíly ve způsobené škodě. Konkrétní trestné činy jsou pak upraveny § 240 – 247 trestního zákoníku.

Jako první z hospodářských trestných činů trestní zákoník uvádí v § 240 zkrácení daně, poplatku a obdobné povinné platby. Skutkovou podstatou tohoto trestného činu je úmyslné zkrácení daně, či jiného poplatku anebo vylákání výhody na některou z povinných plateb. Toto ustanovení trestního zákoníku zahrnuje nejen snižování daňové povinnosti, jedná se také o poplatky na sociální zabezpečení, státní politiku zaměstnanosti, pojistné na úrazové a zdravotní pojištění či jiné platby obdobného charakteru. Co se týče samotné daňové kontroly, během jejího průběhu dojít k podezření ze spáchání trestného činu krácení daní, a finanční úřad jako správce daně má zákonnou povinnost tuto skutečnost oznámit příslušným orgánům. Daňový subjekt, který se dopustí tohoto trestného činu úmyslně a vědomě špatně přiznal a odvedl daň, je za takový trestný čin odpovědný dle trestního zákoníku. Pokud však daňový subjekt přiznal výši daňové povinnosti ve správné výši, ale tuto částku nezaplatil, nejedná se o trestný čin. V tomto případě si finanční úřady nárokují zaplacení daně exekucí na účet daného subjektu, kdy dojde k zadržení peněžních prostředků na bankovních účtech subjektu a to ve výši přiznané částky, včetně příslušenství. Dokazovací povinnost o správnosti výpočtu daně má během daňové kontroly kontrolovaný subjekt, pokud však dojde k trestnímu řízení, je tato povinnost na straně státního zástupce. Domnívám se však, že samotná otázka způsobu a provádění daňové kontroly je velmi diskutabilní. Finanční úřad kontroluje,

⁵ Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, § 17 odst. 1

⁶ ZATLOUKAL, T. Daňová kontrola v širších souvislostech. 2. přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, str. 266.

zda daňový základ byl stanoven v souladu s platnými daňovými, finančními a účetními předpisy a zda byl dodržen zákonem daný postup. Správce daně při své činnosti provádí kontrolu daňových subjektů často velmi detailní a podrobnou. Avšak navzdory tomu je finanční úřad ve své kontrolní činnosti do značné míry omezen. Omezení, které správce daně při své činnosti vykazuje, se týká obsahu a podstaty jednotlivých dokumentů a daňových dokladů. Dle současně platné legislativy může finanční úřad zhodnotit, zda byly jednotlivé daňové doklady použity fakticky správně, avšak již nemůže zasahovat do toho, zda jsou vynaloženy účelně a zda splňují daný cíl. Domnívám se, že toto je velmi zásadní mezera způsobu provádění daňové kontroly a do budoucna bych doporučovala změnu legislativy, ve smyslu rozšíření kompetencí správce daně pro tento způsob kontroly daňových subjektů.

Dalším trestným činem hospodářským, na nějž je možné přijít právě daňovou kontrolou, je dle § 241 Neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení a podobné povinné platby, kdy má zaměstnavatel za své zaměstnance či jiné osoby povinnosti odvádět daň a jiné platby. Často se jedná o situaci, kdy zaměstnavatel danou daň strhne zaměstnancům z jejich mzdy, ale fakticky ji již neodvede na účet správce daně. Pachatelem této trestné činnosti tedy může být pouze zaměstnavatel, není možné přenést odpovědnost za tuto povinnost zaměstnancům, jímž byla daň ze mzdy sražena. Je však nezbytnou podmínkou to, že zaměstnavatel touto potřebnou částkou disponoval, přesto ji záměrně správci daně neodvedl a naprosto vědomě a záměrně užil dané prostředky k jiným účelům. Opět zde není možné činit za toto odpovědnou samotnou právnickou osobu, jež nemá právní odpovědnost. Odpovědná je vždy určitá konkrétní osoba, jíž je společnost zastoupena.

Nesplnění oznamovací povinnosti v daňovém řízení je považováno za trestný čin dle § 242 trestního zákoníku. V tomto případě daňový subjekt ignoruje svoji povinnost podávat daňová tvrzení a nereaguje na výzvy správce daně, v nichž jej vyzývá k nápravě. Sankcionováním tohoto jednání se snaží finanční úřad zajistit dodržování této povinnosti daňových subjektů a činí je za jejich nedodržení odpovědné.

Trestný čin Porušení předpisů o nálepkách a jiných předmětech k označení zboží se týká ve velké míře zboží, které je určeno pro černý trh a zároveň tímto dochází k porušování platné legislativy a daňovým únikům, jelikož toto zboží neprošlo řádným zdaněním a často ani proclením a stát tak neustále přichází o obrovské sumy peněžních prostředků na takto prodávaném zboží. Jedná se například o neokolkované cigarety a alkohol, kdy je v současnosti tato otázka často řešena a jsou hledány cesty pro zabránění tomuto černému trhu s nezdaněným zbožím. Toto zboží však nejen způsobuje daňové úniky státního aparátu, avšak mnohdy se může jednat o zboží nebezpečné, jež je často i vyráběno tajně a bez patřičných

povoleních. Každá osoba, jež porušuje patřičné právní předpisy, by si měla být vědoma následků svého jednání, jež mohou být patřičně potrestány.

4. ZÁVĚR:

Ve své práci s názvem „Sankce jako následek daňové kontroly“ jsem se zaměřila především na daňovou kontrolu jako jeden ze základních mechanismů daňového řízení. Vzhledem k systému vybírání daní, které jsou zjišťovány a vyměřovány samostatně ze strany daňových subjektů, představuje daňová kontrola samostatný celek pro správné zjištění a stanovení daně, která měla být daňovým poplatníkem vyměřena a uhrazena. Se statutem daňového subjektu, jímž může být jak poplatník, tak i plátcе daně, jsou spojeny práva a povinnosti, které upravuje zákon č. 280/2009 Sb. Daňový řád, který je zásadním právním předpisem upravující mimo to také postup správců finančních úřadů při správě daní. Domnívám se, že postavení daňového poplatníka nelze brát na lehkou váhu, jelikož s nedodržením či porušením daných povinností, jsou spojeny sankce ať již povahy finančněprávní či trestněprávní. Jak jsem již uvedla v samotné práci, může se jednat například o penále, úroky z prodlení či pořádkovou pokutu, mohou však být porušeny i trestněprávní předpisy, jenž mohou mít pro daňového poplatníka mnohem vážnější dopady, jako například odnětí svobody v řádu až na několik let. Daňový subjekt, by tam měl vždy dbát na to, aby jeho povinnosti vůči správci daně byly plněny řádně a v čas, aby postup stanovení výše daňové povinnosti byl v souladu s platnou legislativou. Zájmem správce daně není daňovým subjektům škodit či komplikovat jejich činnosti, avšak vyměření a odvádění daní musí mít svůj řád a musí být také dodržováno, což je následně také zjišťováno daňovou kontrolou. Domnívám se, že není v zájmu jak daňového subjektu, tak i správce daně, aby jejich špatná komunikace byla předmětem soudních sporů či stížností.

Literature:

- ZATLOUKAL, T. Daňová kontrola v širších souvislostech. 2. přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2011.
- KOBÍK, J. Daňová kontrola. 1. vydání. Praha: ASPI, a. s., 2006. 112 s. ISBN 80-7357-170-6.
- MRKÝVKA, P., PAŘÍZKOVÁ, I. Základy finančního práva. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2009. 252 s. ISBN: 978-80-210-4514-9.

- BAKEŠ, M., KARFÍKOVÁ, M., KOTÁB, P., MARKOVÁ, H. a kol.
Finanční právo. 5. upravené vydání. Praha: C. H. Beck, 2009. 576 s.
ISBN 978-80-7400-801-6.
- Zákon č. 280/2009 Sb. Daňový řád
- Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník

Contact – email

Nemcova.l@email.cz

ODPOVĚDNOST V RÁMCI SKUPINY SPOLEČNOSTÍ Z POHLEDU PRÁVA EU: VYBRANÉ OTÁZKY

PETRA NOVOTNÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita

Abstract in original language

Cílem tohoto příspěvku je rozbor stávající právní úpravy EU včetně judikatury Soudního dvora Evropské unie (SDEU) v otázce odpovědnosti v rámci skupiny společností a konkrétně odpovědnosti mateřské společnosti za jednání její dceřiné společnosti. Autorka se bude věnovat otázce, zda je odpovědnost pojímána odlišně v závislosti na tom, zda se jedná o úpravu v právu obchodních společností, mezinárodním právu soukromém či právu hospodářské soutěže. V případě rozdílů vzhledem k účelu úpravy se příspěvek v poslední řadě zaměří na případné závěry vážící se k otázce, zda jsou tyto případné rozdíly v úpravě opodstatněné.

Key words in original language

Odpovědnost, přičitatelnost, právo hospodářské soutěže, mezinárodní právo soukromé, právo obchodních společností, právo EU, SDEU, judikatura, mateřská společnost, dceřiná společnost, pobočka, samostatná právní subjektivita, skupiny společností

Abstract

The aim of this contribution is to analyze existing EU law including the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) related to liability within corporate groups and liability of the parent company for acts of its subsidiaries in particular. The author will address the question whether there are differences between the company law, competition law and private international law provisions in this area, and if so what the reasoning is behind the differences given the aim of a particular legal regulation. Finally, the article will focus on drawing conclusions as to whether the differences mentioned above are justified.

Key words

Liability, imputability, competition law, private international law, company law, EU law, CJEU, case law, parent company, subsidiary, branch, separate legal personality, corporate groups

Úvodem

Skupiny společností mnohdy fungují jako části stroje, jejichž samostatná existence je neopodstatněná. Na druhou stranu tyto společnosti bývají nikoli náhodou zakládány odděleně, aby požívaly výhod jednotlivých právních

řádů. Otázka zní, zda je opodstatněné, aby mohly tento oddělený statut v určitých případech ztratit, resp. aby od něj bylo odhlédnuto. V následujícím textu se proto budeme zabývat úvahami souvisejícími s přístupy k samostatné právní subjektivitě právnických osob v rámci skupin společností na úrovni práva EU.

Skupiny společností a insolvency

Vztahy kontroly a ovládání jsou upravovány obchodním právem.¹ Jednotná unijní úprava kontroly v právu obchodních společností však neexistuje.² K řešení stupně integrace skupiny společností, resp. problému kontroly mateřské společnosti nad dceřinou a míry, které musí dosahovat, aby bylo odhlédnuto od oddělené právní subjektivity dceřiné společnosti, však již bylo v mnohých případech nutno přistoupit nepřímo a zejména prostřednictvím judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen SDEU). Vzhledem k obtížnosti unifikačních úsilí v této oblasti na úrovni přímých hmotněprávních norem, vyvstal problém konkrétního řešení této otázky v praxi nejprve na úrovni norem kolizních. Jako příklad přístupu k tomuto problému na úrovni kolizní nám poslouží otázka určování mezinárodní příslušnosti.

Jedním z nejnázornějších příkladů, kdy se problém skupin společností projevil v plném světle, je unijní úprava přeshraničních insolvenčních řízení, resp. určování mezinárodní příslušnosti pro zahajování přeshraničních insolvenčních řízení.

Insolvenční nařízení³ ani jeho "předchůdci" neobsahují zvláštní úpravu pro skupiny společností, ani neupravují vztah mateřské a dceřiné společnosti. Důvodem je skutečnost, že se na ní členské státy jednoduše nedokázaly dohodnout. Legislativa členských států se diametrálně liší v úpravě vztahů mateřské a dceřiné společnosti, zejména co se týče odpovědnosti mateřské

¹ Český obchodní zákoník obsahuje ustanovení o podnikatelských seskupeních, ovládacích smlouvách a jednání ve shodě v §§66a až 66c v souladu se Sedmou směrnicí, viz níže.

² Návrh deváté směrnice z roku 1984 "Ninth Company Law Directive on the Conduct of Groups containing a Public Limited Company as a Subsidiary" zůstal pouze návrhem a Komise podle iniciativy z roku 2003 tento návrh nehodlá „oživovat“ s tím, že určité problémy jsou a měly by být nadále řešeny regulací v oblasti účetnictví a publicity (Sedmá směrnice Rady ze dne 13.6.1983, o konsolidovaných účetních závěrkách, 83/349/EHS, či třináctá Směrnice 2004/25/ES Evropského parlamentu a Rady z 21.4. 2004, o veřejných nabídkách převzetí), v oblasti řízení skupin a tzv. skupin-pyramid, „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/2003/0284 final, odst. 3.3.

³ Nařízení Rady (ES) 1346/2000, o insolvenčních řízeních, ze dne 29.5. 2000. Nařízení nabylo účinnosti 31.5.2002 na území EU kromě Dánska.

společnosti za dluhy dceřiné společnosti a principu insolvenční matky, některé dokonce staví přežití dcery na první místo⁴. Pomineme-li unifikovanou úpravu, není společné řízení vedené jedním soudem možné ve většině států. Oddělená řízení dvou právně samostatných ale fakticky spojených subjektů v různých státech ve většině států nespádají do mezinárodního insolvenčního práva, ale do práva obchodních společností.⁵

Obecným pravidlem v této oblasti je tedy priorita samostatné právní subjektivity s tím, že unifikační snahy v právu obchodních společností by potenciálně mohly přinést odlišný přístup.⁶

Jestliže v 80. letech, do kterých se datují podrobnější prameny ohledně unifikace kolizních norem v oblasti insolvenčních řízení, nebyla úprava insolvence skupin společností prioritou, dnes působí absence této úpravy roztržky mezi soudy členských států. Před třiceti lety se insolvence nadnárodních společností daly spočítat na prstech jedné ruky, nicméně již tehdy se diskutovalo o potenciálních problémech souvisejících s nárůstem⁷ přeshraničního pohybu věřitelů a majetku v rámci uskutečňování čtyř svobod s tím, že existence jednotného trhu sama o sobě nebude zárukou prosperity obchodních společností.⁸

Výchozím postojem při přípravě unifikovaných právních předpisů na úrovni EU v souvislosti s insolvenční skupin byla myšlenka, že rozhodující je vlastní mozek dceřiné společnosti a nikoli mozek mateřské společnosti, tj. není rozhodující místo, odkud jsou zadávány příkazy pro správu a řízení podnikání dceřiné společnosti. Středisko správy (což byl jeden z hraničních určovatelných rozhodných při určování mezinárodní příslušnosti pro zahájení přeshraničního insolvenčního řízení) je tam, kde tato dceřiná společnost má své hlavní středisko pro správu a řízení vlastních záležitostí,⁹ i kdyby rozhodnutí takové společnosti byla činěna na základě příkazů mateřské společnosti se sídlem v jiném místě.¹⁰

⁴ Balz, M., *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*, [1996] 70 Am. Bankr. L. J. 485, 503.

⁵ Id.

⁶ Virgós-Schmitova zpráva, dokument Rady z 8.7.1996 – 6500/1/96, bod 76.

⁷ Jeden z prvních významných rozsudků ESD k pohybu obchodních společností se datuje do roku 1988, avšak pravý rozkvět nastal až na konci devadesátých let.

⁸ Draft Convention on Bankruptcy, Winding-up, Arrangements, Compositions and Similar Proceedings, and Report on the Draft Convention on Bankruptcy, Winding-up, Arrangements, Compositions and Similar Proceedings (Lemonteyho zpráva). Bulletin of the European Communities, Supplement 2/82, str. 49-50.

⁹ Id., str. 49-50. V původním znění: „where it has its main centre for administering and managing its affairs“.

¹⁰ Id., str. 49-50.

Generální advokát Jacobs ve svém stanovisku k případu Eurofood¹¹ o dekádu později rozebírá kontrolu mateřské společnosti nad dceřinou: „Skutečnost, že rozhodnutí dceřiné společnosti jsou činěna v souladu s příkazy mateřské společnosti či společníků z jiných zemí, nemění pravidlo pro určení mezinárodní příslušnosti pro tuto společnost“. Zdá se, že se toho za dvě desetiletí příliš mnoho nezměnilo.¹²

V právních řádech lze sice obecně pozorovat právní zájem státu na ochraně věřitelů a třetích osob, ale tato ochrana se velmi liší. Některé systémy jsou nakloněny spíše dlužníkovi, jiné věřiteli. Podobně jako lze v zemích common law společníky učinit osobně odpovědné za závazky společnosti podle teorie piercing the corporate veil, je možné podle enterprise liability theory (nebo alter ego theory)¹³ učinit právně oddělené společnosti odpovědné za závazky kterékoli z nich, resp. mateřskou společnost odpovědnou za závazky jejích dceřiných společností. K tomuto radikálnímu kroku se však přistupuje pouze, pokud je prokázáno velmi úzké spojení mezi těmito společnostmi, které z nich de facto tvoří společnost jedinou. K tomu dochází např. při nerespektování formálních náležitostí mateřskou společností při správě dceřiných společností.¹⁴ Anglosaské právní systémy snad nejméně ochotně odhlíží od principu samostatné právní subjektivity.¹⁵ Formální oddělenost společností tedy pochopitelně staví nad kontrolu, kterou nad nimi případně vykonává jejich mateřská společnost.¹⁶

Od právní oddělenosti společnosti podle výše uvedených teorií se samozřejmě bude odhlížet z jiných důvodů, než je insolvence společnosti či celé skupiny. Otázka v souvislosti s příkladem insolvenčních řízení zní, zda

¹¹ Stanovisko generálního advokáta Jacobse ze dne 27.9.2005, ve věci Eurofood IFSC Ltd., C-341/04. [2006] ECR I-03813, odst. 121 uvádí, že taková kontrola (svým podílem a vlivem na řízení společnosti) nedokazuje faktickou kontrolu, i kdyby byla zjištělná pro třetí osoby. Na druhou stranu i skutečná kontrola politiky dceřiné společnosti mateřskou nemusí být zjištělná pro třetí osoby.

¹² Zde je vhodné poznamenat, že generální advokát Jacobs vycházel při rozboru případu Eurofood právě z Virgós-Schmittovy zprávy, z komentáře VIRGÓS, M., GARCIMARTÍN, F., *The European Insolvency Regulation: Law and Practice* (2004), bod 51, a z BALZE, M., 'The European Union Convention on Insolvency Proceedings', *American Bankruptcy Law Journal* 1996, p. 485, či komentáře MOSS, G., FLETCHER, I., ISAACS, S., *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide* (2002) a FLETCHER, I., *Insolvency in Private International Law* (1999).

¹³ Podrobněji viz JORDAN, C., *Legal Approaches to Corporate Groups*, 2004, dostupné z www.law.ufl.edu/faculty/pdf/jordan_cally.pdf.

¹⁴ KLEIN, W. A., RAMSEYER, J.M., BAINBRIDGE, S.M., *Business Associations, Cases and Materials on Agency, Partnerships, and Corporations*, 6th edition, Foundation Press, New York, 2006. str. 226.

¹⁵ JORDAN, C., op. cit., str. 13.

¹⁶ Jako příklad může sloužit argumentace v tomto směru učiněná irskými soudy ve věci Eurofood IFSC Ltd., C-341/04. [2006] ECR I-03813.

lze v určitých případech obětovat princip oddělenosti ve prospěch cílů insolvenčního nařízení. Víme, že se s úpravou insolvenčního řízení pro skupiny společností v původních návrzích počítalo, přestože nebylo dosaženo konkrétního výsledku. Konstrukce kolizní normy sama o sobě aplikaci nařízení na skupiny nevylučuje. Lze se domnívat, že je nutno maximálně respektovat oddělenost společností ve skupině, tj. na dceřinou společnost je pro účely insolvenčního nařízení nahlíženo jako na samostatný subjekt a kontrola mateřskou společností musí být dokázána. Striktním historickým výkladem bodu 13 důvodů nařízení (který je však pouze interpretačním vodítkem) dále dojdeme k závěru, že minimální správa vlastních záležitostí dceřinou společností postačuje k zachování této domněnky.

Z hospodářského hlediska se dlužník pokusí o reorganizaci pokaždé, kdy bude očekávaná konečná hodnota společnosti vyšší, než by byla při likvidaci.¹⁷ Pro skupinu je pak výhodnější reorganizovat jako celek.¹⁸ Podle našeho názoru by bylo proti smyslu insolvenčního nařízení, nepřihlížet k dceřiné společnosti jako součásti hospodářského uskupení. Tento požadavek klade větší nároky na soudy a spolupráci všech zúčastněných stran, avšak není nerealizovatelný. Při absenci jednotné úpravy vztahů ovládnání je třeba, aby soudy nelpěly na stanoviscích domácího práva a posuzovaly každý případ odděleně vzhledem k povaze a účelu zahajovaného řízení, ochraně věřitelů a dosažení maximální účinnosti řízení. Souhlasíme s názorem, že hospodářsky integrované členy skupiny je vhodné zahrnout do jednoho řízení a ty nezávislé ponechat v oddělených řízeních.

V rozhodnutích soudů členských států můžeme pozorovat důraz na „mozek společnosti“ (místo výkonných rozhodnutí a ředitelství, řídicí činnost, skutečné řízení), na činnost společnosti (šíře spravovaných zájmů a jejich důležitost vzhledem ke skupině, místo výkonu činnosti a podnikání) a na očekávání věřitelů (dodavatelé, poskytovatelé úvěrů).¹⁹

Založit příslušnost výlučně na místě, odkud je společnost řízena, není vhodné. Místo řízení (mind of management)²⁰ lze poměrně jednoduše změnit. Slovní spojení command and control test²¹ lépe napovídá, že se jedná o určení stupně intenzity kontroly (nejen hospodářské), kterou musí mateřská společnost vykonávat nad dceřinou společností pro vyvrácení

¹⁷ EIDENMUELLER, H., Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe. *European Business Organization Law Review*, 2005, Vol. 6, No. 3, str. 430.

¹⁸ *Id.*, str. 430.

¹⁹ Bufford, S.L., International Insolvency Case Venue in the European Union: The Parmalat and Daisyteck Controversies. [2006] 12 *Colum. J. Eur. L.* 429, str. 468-471.

²⁰ EIDENMUELLER, op. cit., str. 428.

²¹ Tento termín používá Fletcher I., *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*. Oxford: Oxford University Press, 2005, str. 389.

domněnky. Test kontroly vyžaduje mnohem víc než jen „ovládání politiky dceřiné společnosti“.²²

Pokud jsou tyto tři okruhy faktorů v zásadě rovnocenné (za splnění předpokladu objektivit a zjistitelnosti), váha přisuzovaná jednotlivým faktorům bude záviset na povaze podnikání, struktuře skupiny, rozsahu činnosti či rozhodování a účelu řízení v každém jednotlivém případě.²³ Přes tuto odlišnost ad hoc by měly soudy členských států přistupovat jednotně k vážení důležitosti a zjistitelnosti všech faktorů.²⁴

Skupiny společností a právo hospodářské soutěže

Na rozdíl od výše popsané situace je v právu hospodářské soutěže otázka kontroly v rámci skupiny řešena mnohem přímočařeji. Unijní právo chápe skupinu společností jako hospodářskou jednotku, i když se skládá z několika právnických osob. V důsledku tohoto přístupu pak tato hospodářská jednotka odpovídá za protisoutěžní jednání jako celek bez ohledu na samostatnou právní subjektivitu jednotlivých společností ve skupině.²⁵

Jednání dceřiné společnosti tedy může být za určitých podmínek přičteno její mateřské společnosti. Je to mu tak v situaci, že "dceřiná společnost samostatně neurčuje své chování na trhu, ale v zásadě uplatňuje pokyny, které jsou jí uděleny mateřskou společností, zejména s ohledem na hospodářské, organizační a právní vazby, které tyto dva právní subjekty spojují".²⁶

V právu hospodářské soutěže se setkáváme s opačně konstruovanou domněnkou u 100% vlastněných dceřiných společností, než která je použita v souvislosti s insolvenčními řízeními. Má se totiž za to, že v takové situaci má mateřská společnost rozhodující vliv na chování své dceřiné společnosti²⁷ a je naopak na dotčené mateřské společnosti, aby prokázala, že se její dceřiná společnost na trhu chová samostatně.²⁸ Formální kritérium

²² Moss, G., Case Comment: Asking the Right Questions? Hight and Lows of the ECJ Judgment in Eurofood. *Insol. Int.* 2006, 19(7), 97-102, str. 98.

²³ Srov. Transnational Insolvency Project: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries, American Law Institute, 2003, Str. 102.

²⁴ Id.

²⁵ Rozsudek ArcelorMittal Luxembourg v. Komise, 29. 3. 2011, spojené věci C-201/09 P a C-216/09 P, dosud nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 95, rozsudek ze dne 20. ledna 2011, General Química a další v. Komise, C-90/09 P, dosud nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, body 34 až 36.

²⁶ Rozsudek ze dne 10. září 2009, Akzo Nobel a další v. Komise, C-97/08 P, Sb. rozh. s. I-8237, bod 58, výše uvedený rozsudek ArcelorMittal, bod 96.

²⁷ Rozsudek ArcelorMittal, op. cit., bod 97. Akzo Nobel a další v. Komise, op. cit. bod 60.

²⁸ Rozsudek ArcelorMittal, op. cit., bod 98, Akzo Nobel a další v. Komise, bod 61.

oddělené právní subjektivity se zde tedy neuplatní, protože rozhodující skutečností je jednotné tržní chování společností ve skupině.²⁹

Z judikatury SDEU vyplývá, že motivací za tímto přístupem je předejít manipulacím se ze strany skupin společností zakrývajícím pohyby kapitálu, které směřují ke zmaření kontrolních funkcí Komise. V této oblasti se opět setkáváme s pojmem společností-prázdných schránek, které nejsou neznámé i v rozhodnutích, která SDEU vydal v oblasti přeshraničních řízení či přesídlování obchodních společností v souvislosti s doktrínou zneužití práva.³⁰

Vyvratitelnost domněnky rozhodujícího vlivu je v poslední době předmětem mnoha řízení u SDEU.³¹ Generální advokát ve věci Arcelor Mittal vyslovil názor, že je třeba předejít situaci, kdy by byla odpovědnost založena automaticky. Hospodářské, právní a organizační vazby mezi společnostmi je případ od případu nutné prošetřit s tím, že u 100% vlastněných dceřiných společností bude lehčí vliv prokázat, ale nemělo by se na něj automaticky usuzovat.³² Není od věci přidat, že dodržování procesních záruk je v případě takového odhlédnutí od formální oddělenosti společností neodmyslitelnou součástí postupu při vyšetřování Komise.³³

Závěrem

S ohledem na výše uvedené lze dospět k závěru, že odhlédnutí od oddělené právní subjektivity právnických osob je na úrovni práva EU zatím možné pouze ve zcela specifických případech vymezených v judikatuře SDEU a zároveň za předpokladu, že jsou poskytnuty další záruky, které postiženým subjektům umožňují účinně bránit svá práva a odůvodňují tak vedle účelu takové úpravy takovou výjimku z obecného pravidla, které je společné členským státům EU.

Literature:

- Nařízení Rady (ES) 1346/2000 z 29.5.2000, o insolvenčních řízeních.

²⁹ Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 12. ledna 1995, Viho v. Komise (T-102/92, Recueil, s. II-17, bod 50). Viz rozsudky ze dne 12. července 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, Recueil, s. 2999, bod 11), a ze dne 1. července 2010, Knauf Gips v. Komise (C-407/08 P, dosud nezveřejněný ve sbírce rozhodnutí, body 64 a 65 a citovaná judikatura), Stanovisko generálního advokáta Y. Bota ze dne 26. října 2010, ArcelorMittal Luxembourg v. Komise, bod 176 (dále jen ArcelorMittal stanovisko).

³⁰ ArcelorMittal stanovisko, bod 183. K doktríně zneužití práva viz např. Rozsudek SDEU ze dne 13.9.2003, ve věci Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam vs Inspire Art Ltd., C-167/01. [2003] ECR I-10155.

³¹ Viz bod 210 ArcelorMittal stanoviska.

³² Id, bod 213.

³³ Viz ArcelorMittal, op. cit. a ArcelorMittal stanovisko.

- Rozsudek ArcelorMittal Luxembourg v. Komise, 29. 3. 2011, spojené věci C-201/09 P a C-216/09 P, dosud nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 95, rozsudek ze dne 20. ledna 2011, General Química a další v. Komise, C-90/09 P, dosud nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, body 34 až 36.
- Rozsudek ze dne 10. září 2009, Akzo Nobel a další v. Komise, C-97/08 P, Sb. rozh. s. I-8237
- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 12. ledna 1995, Viho v. Komise, T-102/92, Recueil, s. II-17.
- Rozsudek ze dne 12. července 1984, Hydrotherm Gerätebau, 170/83, Recueil, s. 2999.
- Rozsudek ze dne 1. července 2010, Knauf Gips v. Komise, C-407/08 P, dosud nezveřejněný ve sbírce rozhodnutí.
- Stanovisko generálního advokáta Y. Bota ze dne 26. října 2010, ArcelorMittal Luxembourg v. Komise, dosud nezveřejněné ve sbírce rozhodnutí.
- Stanovisko generálního advokáta Jacobse ze dne 27.9.2005, ve věci Eurofood IFSC Ltd., C-341/04. [2006] ECR I-03813
- Transnational Insolvency Project: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries, American Law Institute, 2003.
- Moss, G., Case Comment: Asking the Right Questions? Hight and Lows of the ECJ Judgment in Eurofood. *Insol. Int.* 2006, 19(7), 97-102.
- Eidenmueller, H., Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe. *European Business Organization Law Review*, 2005, Vol. 6, No. 3.
- Bufford, S.L., International Insolvency Case Venue in the European Union: The Parmalat and Daisytek Controversies. [2006] 12 *Colum. J. Eur. L.* 429.

- Fletcher I., *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Jordan, C., *Legal Approaches to Corporate Groups*, 2004, dostupné z www.law.ufl.edu/faculty/pdf/jordan_cally.pdf.
- Klein, W. A, Ramseyer, J.M., Bainbridge, S.M., *Business Associations, Cases and Materials on Agency, Partnerships, and Corporations*, 6th edition, Foundation Press, New York, 2006.
- Balz, M., *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*, [1996] 70 Am. Bankr. L. J. 485.
- Virgós-Schmitova zpráva, dokument Rady z 8.7.1996 – 6500/1/96.
- Draft Convention on Bankruptcy, Winding-up, Arrangements, Compositions and Similar Proceedings, and Report on the Draft Convention on Bankruptcy, Winding-up, Arrangements, Compositions and Similar Proceedings (Lemonteyho zpráva). Bulletin of the European Communities, Supplement 2/82.
- „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/2003/0284 final.

Contact – email

Petra.Novotna@law.muni.cz

PROBLEMATIKA PRÁVNICKÝCH OSÔB V TRESTNOM PRÁVE SLOVENSKEJ REPUBLIKY

IVANA PASTVOVÁ

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Slovenská republika

Abstract in original language

Rekodifikované trestné kódexy v roku 2005 sa riešeniu predmetnej problematiky vyhli, čo bolo zapríčinené nejasnou predstavou o komplexnej konštrukcii systému právnej úpravy v tejto oblasti. Autor sa v príspevku venuje rozboru zákona č. 224/2010 Z. z., ktorým bola do slovenského právneho poriadku zavedená tzv. nepravá trestná zodpovednosť právnických osôb.

Key words in original language

právnická osoba, trestná zodpovednosť, Trestný zákon

Abstract

Recast the criminal codes in 2005, addressing the present problems to avoid, which was caused by an unclear vision of a comprehensive structure of regulation in this area. The author's contribution is the analysis Act no. 224/2010 Z. Code, which was to the Slovak legal system introduced so. false criminal liability of legal persons.

Key words

legal person, criminal responsibility, Criminal code

O zavedení trestnej zodpovednosti právnických osôb do zákona č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších právnych predpisov (ďalej ako „Trestný zákon“ alebo „TZ“) prebehlo a naďalej prebieha množstvo diskusií ale aj reálne pokusy o to, aby právnické osoby niesli trestnú zodpovednosť za spáchané trestné činy. V rámci príspevku trestnej zodpovednosti právnických osôb v SR, chcem poukázať na problémy, ktoré sa s touto témou – otázkou spájajú a tiež poukázať na novelu z roku 2010, ktorá zaviedla nepriamu zodpovednosť právnických osôb do Trestného zákona.

Aj keď ide o tému vysoko aktuálnu, ktorej sa v poslednom období venuje viac pozornosti aj z pohľadu publikačnej činnosti, treba konštatovať, že ucelená vedecká štúdia stále na našom trhu absentuje. Skutočnosť, že predmetná téma vyvoláva záujem o diskusiu, je pozitívna a prispieva k zvyšovaniu odbornej úrovne argumentov na zaujatie rôznych, aj keď mnohokrát protichodných stanovísk.

Nemožno zakrývať fakt, že trestná zodpovednosť právnických osôb naháňa hrôzu. Hlavnou 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 pošpinenie mena právnickej osoby, čo by sa následne mohlo prejavovať napríklad v konkurenčnom boji.

Právnická osoba je fikciou. Napriek tomu v ostatných desaťročiach sa už neopakujú námietky proti jej zodpovednosti založené na argumente, že právnická osoba nemôže samostatne konať. Právne systémy po celom svete uznávajú, že právnické osoby majú spôsobilosť k právnym úkonom, spôsobilosť k právam, k povinnostiam, teda aj spôsobilosť k zodpovednosti, čo je najčastejšie povinnosť niesť dôsledky za porušenie svojej povinnosti. Pôsobia ako orgány štátnej moci, orgány štátnej správy, riadia a realizujú výrobu, obchod, kultúru, zdravotníctvo, oznamovacie prostriedky i občiansku aktivitu. Slovenský právny systém bežne upravuje ich zodpovednosť podľa občianskeho práva, obchodného práva či pracovného práva a podľa správneho práva. Takto vymedzená zodpovednosť právnických osôb však novým spoločenským podmienkam nepostačuje. Do kriminality v celosvetovom meradle, v nových doteraz nepoznaných formách je zapojený aj majetok a činnosť právnických osôb, pričom pri ich rozptýlenej štruktúre riadenia sa vytráca alebo nie je možno zistiť zodpovednosť individuálnych fyzických osôb. Preto je príznačný celosvetový trend i prax viacerých európskych štátov, kumulovať trestnoprávnu zodpovednosť právnických osôb aj fyzických osôb pre zvýšenie regulatívneho účinku trestného práva.

Vzhľadom na rozsah a charakter kriminality v Slovenskej republike bolo ustanovenie trestnej zodpovednosti právnických osôb potrebné a účelné a vzhľadom na medzinárodné záväzky Slovenskej republiky aj nevyhnutné.

Európska únia upravila trestnú zodpovednosť právnických osôb postupne v niekoľkých rámcových rozhodnutiach Rady, ktoré sú uvedené v doložke zlučiteľnosti návrhu zákona s právom ES/EÚ.

Dňa 1. septembra 2010 nadobudla účinnosť novela č. 224/2010 Z. z., ktorá menila a dopĺňala Trestný zákon, Trestný poriadok¹, zákon o konkurze a reštrukturalizácii² a iné zákony platné v Slovenskej republike. Týmto zákonom bola zavedená do právneho poriadku Slovenskej republiky tzv. nepravá trestná zodpovednosť právnických osôb. Pod uvedeným pojmom nemožno rozumieť trestnú zodpovednosť tak, ako je definovaná vo všeobecnej časti Trestného zákona (trestná zodpovednosť u pričetinej a vekovo zodpovednej fyzickej osobe), a ktorej následkom je znášať trestnú sankciu.

Pod nepravou trestnou zodpovednosťou sa rozumie právna úprava, ktorá umožňuje právnickým osobám uložiť trestno-právne sankcie, presnejšie povedané kvázi - trestné sankcie, aj keď trestná zodpovednosť právnických osôb výslovne v Trestnom zákone upravená nie je. Tieto sankcie sa taktiež nenazývajú sankciami.³ Znamená to, že právnická osoba nie je v tomto prípade spôsobilým subjektom konať protiprávne a tak naplniť skutkovú podstatu trestného činu, ale za splnenia podmienok stanovených zákonom, je možné uložiť právnickej osobe sankciu.

Dôvodová správa k novele zákona, ktorou bola zavedená nepravá trestná zodpovednosť právnických osôb, obhájila jej zavedenie – oproti zavedeniu pravej trestnej zodpovednosti právnických osôb tým, že zavedenie trestnoprávnej zodpovednosti právnických osôb nie je prípustné vo vzťahu k zásade individuálnej zodpovednosti za zavinenie, k zásade personalita trestov a zároveň neschopnosti právnickej osoby niesť vôľovú zodpovednosť s možnosťou výberu konať v súlade s právom alebo proti právu.

Zákom č. 224/2010 Z. z. boli do Trestného zákona zavedené dve nové druhy ochranných opatrení:

zhabanie peňažnej čiastky

„1) Zhabanie peňažnej čiastky môže súd uložiť právnickej osobe, ak bol spáchaný trestný čin, hoci aj v štádiu pokusu, alebo ak došlo k účasti na trestnom čine v súvislosti a) s výkonom oprávnenia zastupovať túto právnickú osobu,

¹ Zákon č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok v znení neskorších právnych predpisov

² Zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších právnych predpisov

³ Jelínek J a kol.- Trestní odpovědnost právnických osob, Linde Praha a. s., 2007, str. 22

- b) s výkonom oprávnenia prijímať rozhodnutia v mene tejto právnickej osoby,
 - c) s výkonom oprávnenia vykonávať kontrolu v rámci tejto právnickej osoby,
 - d) so zanedbaním dohľadu alebo náležitej starostlivosti v tejto právnickej osobe.
- 2) Ochranné opatrenie podľa odseku 1 nemožno uložiť právnickej osobe, ktorej majetkové pomery ako dlžníka nemožno usporiadať podľa osobitného predpisu upravujúceho konkurzné konanie, alebo ak by výkonom ochranného opatrenia bol postihnutý majetok štátu alebo Európskej únie, orgánom cudzieho štátu a medzinárodným organizáciám verejného práva. Nemožno ho uložiť ani vtedy, ak došlo k zániku trestnosti činu uvedeného v odseku 1 premlčaním trestného stíhania alebo na základe účinnej ľútosti.
- 3) Zhabanie peňažnej čiastky môže súd uložiť od 800 eur do 1 660 000 eur. Pri určení výšky zhabania peňažnej čiastky súd prihliadne na závažnosť spáchaného trestného činu, rozsah činu, získaný prospech, spôsobenú škodu, okolnosti spáchania trestného činu a následky pre právnickú osobu. Zhabanie peňažnej čiastky súd neuloží, ak ukladá právnickej osobe ochranné opatrenie zhabania majetku podľa § 83b.
- 4) Ak ide o zlúčenie, splynutie alebo rozdelenie právnickej osoby, uloží súd ochranné opatrenie podľa odseku 1 právnomu nástupcovi zaniknutej právnickej osoby.
- 5) Zaplatená alebo vymožená peňažná čiastka pripadá štátu, ak súd nerozhodne inak na základe vyhlásenej medzinárodnej zmluvy, ktorou je Slovenská republika viazaná.“⁴

zhabanie majetku

- „1) Zhabanie majetku súd uloží právnickej osobe, ak bol spáchaný trestný čin, hoci aj v štádiu pokusu, alebo ak došlo k účasti na trestnom čine uvedenom v § 58 ods. 2, a ak právnická osoba nadobudla majetok alebo jeho časť trestnou činnosťou alebo z príjmov pochádzajúcich z trestnej činnosti,
- a) s výkonom oprávnenia zastupovať túto právnickú osobu,
 - b) s výkonom oprávnenia prijímať rozhodnutia v mene tejto právnickej osoby,
 - c) s výkonom oprávnenia vykonávať kontrolu v rámci tejto právnickej osoby,
 - d) so zanedbaním dohľadu alebo náležitej starostlivosti v tejto právnickej osobe.
- 2) Ochranné opatrenie podľa odseku 1 nemožno uložiť právnickej osobe, ktorej majetkové pomery ako dlžníka nemožno usporiadať podľa osobitného predpisu upravujúceho konkurzné konanie, alebo ak by výkonom

⁴ Ustanovenie § 83a zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších právnych predpisov

ochranného opatrenia bol postihnutý majetok štátu alebo Európskej únie, orgánom cudzieho štátu a medzinárodným organizáciám verejného práva. Nemožno ho uložiť ani vtedy, ak došlo k zániku trestnosti činu uvedeného v odseku 1 premlčaním trestného stíhania alebo na základe účinnej ľútosti.

3) Ochranné opatrenie podľa odseku 1 súd neuloží, ak vzhľadom na závažnosť spáchaného trestného činu, rozsah činu, získaný prospech, spôsobenú škodu, okolnosti spáchania trestného činu, následky pre právnickú osobu alebo dôležitý verejný záujem je možné ochranu spoločnosti zabezpečiť aj bez zhabania majetku právnickej osoby. Ak súd neuloží zhabanie majetku, uloží právnickej osobe ochranné opatrenie zhabania peňažnej čiastky podľa § 83a.

4) Zhabanie majetku postihuje v rozsahu, ktorý patrí právnickej osobe pri výkone ochranného opatrenia zhabania majetku po ukončení konkurzného konania

a) výtazok zo speňaženia majetku,

b) majetok vylúčený zo súpisu majetku podstat,

c) majetok podliehajúci konkurzu, ak nedošlo k speňaženiu majetku.

5) Ak ide o zlúčenie, splynutie alebo rozdelenie právnickej osoby, uloží súd ochranné opatrenie podľa odseku 1 právnomu nástupcovi zaniknutej právnickej osoby.

6) Vlastníkom zhabaného majetku sa stáva štát, ak súd nerozhodne inak na základe vyhlásenej medzinárodnej zmluvy, ktorou je Slovenská republika viazaná."⁵

Ochranné opatrenie zhabania peňažnej čiastky môže súd uložiť fakultatívne v prípade, ak bol spáchaný trestný čin, a to v súvislosti s výkonom oprávnenia zastupovať právnickú osobu, prijímať rozhodnutia v mene právnickej osoby, vykonávať kontrolu v rámci právnickej osoby alebo v súvislosti so zanedbaním dohľadu, alebo náležitej starostlivosti. Ochranné opatrenie zhabania peňažnej čiastky môže súd uložiť tiež v prípade, ak trestný čin dospel do štádia pokusu či došlo k účasti na tomto trestnom čine.

Ak teda osoby, ktoré sú oprávnené konať vyššie uvedené oprávnenia v rámci právnickej osoby ako páchatelia alebo spolupáchatelia, alebo sa na takomto trestnom čine budú podieľať, je možné uložiť tejto právnickej osobe vyššie spomínané ochranné opatrenie uvedené pod ustanovením § 83a Trestného zákona. Nie je relevantné, či ide o trestný čin úmyselný alebo trestný čin nedbanlivostný a ani to, či ide o dokonaný alebo trestný čin v štádiu pokusu. Ochranné opatrenie nie je možné uložiť právnickej osobe, ak trestný čin dospel len do štádia prípravy.

Pri tvorbe návrhu zákona č. 224/2010 Z. z., v časti týkajúcej sa zodpovednosti právnickej osoby za konanie v jej rámci pôsobiacich

⁵ Ustanovenie § 83b zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších právnych predpisov

fyzických osôb, sa Ministerstvo spravodlivosti SR pravdepodobne inšpirovalo predchádzajúcim návrhom z roku 2006. Podľa predmetného návrhu z roku 2006, bol trestný čin spáchaný právnickou osobou v prípade, ak za účelom získania prospechu či inej výhody pre právnickú osobu konal pri jej činnosti protiprávne:

- jej štatutárny orgán (člen štatutárneho orgánu),
- jej dozorný orgán (člen dozorného orgánu),
- iná osoba, ktorá je oprávnená konať, rozhodovať za právnickú osobu.

Trestným činom by mal byť aj prípad podľa ustanovenia § 5 návrhu z roku 2006, ak je trestný čin spáchaný právnickou osobou aj vtedy, ak:

- osoba uvedená v odseku 1 nedostatočným dohľadom alebo kontrolou umožnila spáchať trestný čin fyzickou osobou, ktorá konala v rámci oprávnení, ktoré jej boli zverené právnickou osobou,
- na toto konanie použila inú právnickú osobu alebo fyzickú osobu.⁶

Na rozdiel od súčasnej právnej úpravy, návrh zákona z roku 2006 navrhoval vznik trestnej zodpovednosti právnickej osoby konaním, ktorým získala prospech alebo inú výhodu, čo významným spôsobom zužovalo okruh protiprávnych činností, ktoré sa pričítali právnickej osobe.

Ochranné opatrenie zhabania peňažnej čiastky nemožno uložiť právnickej osobe, ktorej majetkové pomery ako dlžníka nemožno usporiadať podľa zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších právnych predpisov. Ide o tzv. konkurznú imunitu.

Ochranné opatrenie zhabanie majetku, na rozdiel od ochranného opatrenia zhabania peňažnej čiastky, uloží súd právnickej osobe obligatórne, ak bol spáchaný trestný čin uvedený v ustanovení § 58 ods. 2 Trestného zákona:

„Trest prepadnutia majetku súd uloží bez splnenia podmienok uvedených v odseku 1, ak odsudzuje páchatel'a za spáchanie trestného činu nedovolennej výroby omamných a psychotropných látok, jedov alebo prekurzorov, ich držanie a obchodovanie s nimi podľa § 172 ods. 2, 3 alebo 4 alebo § 173, trestného činu obchodovania s ľuďmi podľa § 179, trestného činu obchodovania s deťmi podľa § 180 ods. 2 alebo 3 alebo § 181, trestného činu vydierania podľa § 189 ods. 2 písm. c), trestného činu hrubého nátlaku podľa § 190 ods. 1, 3, 4 alebo 5 alebo § 191 ods. 3 alebo 4, trestného činu

⁶ Vládny návrh zákona o trestnej zodpovednosti právnických osôb a o zmene a doplnení niektorých zákonov, parlamentná tlač č. 1507 predložený NRSR 24.02.2006

nátlaku podľa § 192 ods. 3 alebo 4, trestného činu podielníctva podľa § 231 ods. 2, 3 alebo 4 alebo § 232 ods. 3 alebo 4, trestného činu legalizácie príjmu z trestnej činnosti podľa § 233 alebo 234, trestného činu falšovania, pozmeňovania a neoprávnenej výroby peňazí a cenných papierov podľa § 270, trestného činu uvádzania falšovaných, pozmenených a neoprávnene vyrobených peňazí a cenných papierov podľa § 271 ods. 1, trestného činu výroby a držby falšovateľského náčinia podľa § 272 ods. 2, trestného činu skrátenia dane a poistného podľa § 276, trestného činu neodvedenia dane a poistného podľa § 277, trestného činu nezaplatenia dane podľa § 278 ods. 2 alebo 3, trestného činu porušenia predpisov o štátnych technických opatreniach na označenie tovaru podľa § 279 ods. 2 alebo 3, trestného činu založenia, zosnovania a podporovania zločineckej skupiny podľa § 296, trestného činu založenia, zosnovania a podporovania teroristickej skupiny podľa § 297, trestného činu teroru podľa § 313 alebo 314, trestného činu prijímania úplatku podľa § 328 ods. 2 alebo 3 alebo § 329 ods. 2 alebo 3, trestného činu podplácania podľa § 334 ods. 2 alebo § 335 ods. 2, trestného činu falšovania a pozmeňovania verejnej listiny, úradnej pečate, úradnej uzávery, úradného znaku a úradnej značky podľa § 352 ods. 6, trestného činu prevádzachstva podľa § 355 alebo 356, trestného činu kupliarstva podľa § 367 ods. 3, trestného činu výroby detskej pornografie podľa § 368, trestného činu rozširovania detskej pornografie podľa § 369, trestného činu ohrozovania mravnosti podľa § 372 ods. 2 alebo 3 alebo trestného činu terorizmu a niektorých foriem účasti na terorizme podľa § 419 a páchatel' nadobudol majetok aspoň v značnom rozsahu trestnou činnosťou alebo z príjmov pochádzajúcich z trestnej činnosti.“

Teda pri trestnom čine, za ktorý je súd povinný uložiť trest prepadnutia majetku, musí spĺňať kumulatívne podmienku, že právnická osoba nadobudla majetok alebo jeho časť trestnou činnosťou alebo z príjmov, ktoré pochádzajú z trestnej činnosti v súvislosti s výkonom oprávnenia zastupovať právnickú osobu, prijímať rozhodnutia v jej mene, vykonávať jej kontrolu, alebo v súvislosti so zanedbaním dohľadu či náležitej starostlivosti nad právnickou osobou. Ďalšou kumulatívnou podmienkou je, že právnická osoba mala z takéhoto trestného činu majetkový prospech.

Prísnosť tohto ochranného opatrenia je možné zmierniť na základe ustanovenia § 83 ods. 3 TZ, a teda súd nemusí uložiť ochranné opatrenie zhabania majetku v prípade, ak vzhľadom na závažnosť spáchaného trestného činu, spôsobenú škodu, rozsah, získaný prospech, okolnosti trestného činu či dôležitý záujem, je možné dosiahnuť ochranu spoločnosti aj bez uloženia uvedeného ochranného opatrenia. V tomto prípade ale súd uloží obligatórne ochranné opatrenie zhabania peňažnej čiastky.

Zhabanie peňažnej čiastky i zhabanie majetku môže súd uložiť za splnenie zákonných podmienok aj právnomu nástupcovi právnickej osoby, ktorá po spáchaní trestného činu, v súvislosti s ktorým má byť ochranné opatrenie uložené, zanikla z dôvodu zlúčenia, splynutia alebo aj rozdelenia.

Zmeny zavedené novelou o nepravnej trestnej zodpovednosti právnických osôb sa týkajú aj zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok v znení neskorších právnych predpisov (ďalej ako „Trestný poriadok“ alebo „TP“). V ustanovení § 5 ods. 2-5 TP sa novelou rozšíril okruh procesných práv a povinností zúčastnenej osobe, a to tým spôsobom, že takáto osoba má okrem práva byť prítomná na hlavnom pojednávaní a verejnom zasadnutí, predkladať dôkazy, nazerať do spisov, podávať za splnenia zákonných podmienok podľa Trestného poriadku opravné prostriedky, robiť návrhy aj právo:

- podať opravný prostriedok proti zaisteniu veci už pred podaním návrhu na uloženie ochranného opatrenia,
- ustanoviť splnomocnenca z radu advokátov (ak to je potrebné na ochranu jej záujmov),
- vyjadriť sa po podaní návrhu na uloženie ochranného opatrenia ku skutočnostiam a dôkazom, o ktoré sa podaný návrh opiera.

Je možné konštatovať, že pokusy o zavedenie akejkoľvek formy zodpovednosti právnických osôb za ich protiprávne konanie, bolo v Slovenskej republike sprevádzané s veľkou nevôľou zo strany podnikateľskej sféry, ktorá sa obávala najmä jej zneužitia v konkurenčnom boji, ale aj postihovania činnosti páchanej fyzickou osobou v rámci ich podnikateľských aktivít prostredníctvom právnických osôb. Zavedenie trestnoprávnej zodpovednosti právnických osôb, hoci len v jej nepravnej forme – podobe, znamená rozširovanie trestnosti určitých zákonom definovaných konaní. Napriek tomu, právnická osoba nemá zákonom stanovené a jasne vymedzené podmienky, ktorých naplnenie má za následok jej postih trestnoprávnou sankciou. Je otázkou budúcnosti ako bude nepriama trestná zodpovednosť právnických osôb v reáli presadzovať, teda fungovanie v praxi i jej realizácia.

Literature:

- Jelínek J a kol.- Trestní odpovědnost právnických osob, Linde Praha a. s., 2007
- Madliak J. a kol.- Trestné právo hmotné I. Všeobecná časť, Košice, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2010
- Vládný návrh zákona o trestnej zodpovednosti právnických osôb a o zmene a doplnení niektorých zákonov, parlamentná tlač č. 1507 predložený NRSR 24.02.2006
- Zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších právnych predpisov

- Zákon č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok v není neskorších právnych predpisov

Contact – email

pastvova.iva@gmail.com

ON THE ENFORCEMENT OF CRIMINAL LAW AGAINST LEGAL ENTITIES

ANDRÁS PEISCH

Eötvös Loránd University, Faculty of Law and Political Sciences
(Department of Law of Criminal Procedure and Penal Law), Budapest

Abstract in original language

The paper examines the possibilities in the enforcement of criminal law against legal entities. It discusses the evolution of the theory of criminal liability regarding legal entities as well as related problems. Further, it addresses issues in connection with the prosecution of criminal offenses involving legal entities (e.g. when legal entities provided the vehicle for the commission of such offenses). Finally, it reviews the enforcement of criminal sanctions imposed upon legal entities.

Key words in original language

Criminal liability of legal entities; legal entities in criminal proceedings; criminal law sanctions against legal entities.

Abstract

The paper examines the possibilities in the enforcement of criminal law against legal entities. It discusses the evolution of the theory of criminal liability regarding legal entities as well as related problems. Further, it addresses issues in connection with the prosecution of criminal offenses involving legal entities (e.g. when legal entities provided the vehicle for the commission of such offenses). Finally, it reviews the enforcement of criminal sanctions imposed upon legal entities.

Key words

Criminal liability of legal entities; legal entities in criminal proceedings; criminal law sanctions against legal entities.

1. INTRODUCTION

The liability of legal entities as such was subject to dispute and controversy from the early medieval age. In the course of the development of law both in continental and common law systems, theory and practice started to recognize. It was acknowledged that legal entities, although theoretically fictitious in nature, may be held liable under a number of fields of law. However, since legal entities are, by their very nature, unable to act on their own, they are held liable for actions of others, namely, persons acting on their behalf in some way or other.

In today's legal systems, few people would question the liability of a company for breach of contract, tort, or the company's liability under employment law or administrative law. It seems that the development of liability of legal entities under criminal law has not arrived at this point in many jurisdictions.

After the advent of large privately owned corporations, legal entities became active participants in the system of criminal activities. Corporations became an effective tool to conceal different types of criminal offenses and to shelter perpetrators from being investigated and tried.

In an inscrutable system of hierarchy levels and management decisions, it is easy to hide the person responsible for a crime – whether for bribery in connection with a public procurement procedure, environmental damage due to negligence or jeopardizing of the health of consumers due to mismanagement or just the greed to slice off additional profit. Also, law enforcement bodies might not be aware whether the individual accused of an offense perpetrated in connection with the activity of the legal entity is actually the person responsible for the offense. It might be merely an employee e.g. of the first-line management level who is thrown to the authorities and sacrificed (sometimes even in return of payments or other benefits) to help higher management evade investigation and trial.

Legislation sought an effective tool to address the problem worldwide but encountered several difficulties in the course of finding a proper solution. While legal systems have accepted that legal entities can be held liable in other areas of law, many have raised the issue of criminal liability of such entities.

In the beginning there was the principle "*societas delinquere non potest*". As the end of the 20th century approached, it became clear that the dogmatic application of this principle is untenable. Legal entities mushroomed and became primary participants of economic operations in virtually every market. In parallel with this tendency, the number of criminal committed in connection with offenses also grew.

Besides demonstrating the current legal framework (with special regard to Hungary), the main focus of this paper is to highlight certain theoretical issues arising from the concept of criminal liability of legal entities, and issues in respect of the enforceability of criminal law sanctions against legal entities. The paper also addresses the question of effectiveness of these sanctions as a response to criminal offenses committed in connection with the operation of legal entities.

2. COMMON LAW STATES

Long before countries of continental Europe, common law states recognized legal entities as entities separate from the natural persons founding or operating them. Accordingly, in these states (in particular, the United Kingdom and the United States) theory and practice of criminal liability of legal entities found legal grounds in court practice as well.

While in most continental law jurisdictions legal entities cannot be "perpetrators" of criminal offenses, some common law criminal statutes expressly provide that corporations and other collective entities are "persons" for the purposes of the criminal law.¹

Although common law states differ in their approach as to the theoretical background of the criminal liability of legal entities, they share certain aspects which later became the basis of such liability in continental Europe as well.²

A detailed description of the common law system relating to the criminal law liability of legal entities would go beyond the scope and limits of this paper. Nevertheless, it is useful to briefly review at least one system of laws in this respect, here, the system of the United States.³

In the system of liability of legal entities under criminal law, the courts of the United States apply two main doctrines: the "*Model Penal Code*" and the "*respondeat superior*" approach. Under both doctrines, the liability of certain natural persons holding positions in or acting on behalf of the legal entity is imputed to the legal entity.

¹ For Canada see e.g. Ferguson, Gerry: Corruption and corporate criminal liability. Seminar on New Global and Canadian Standard on Corruption and Bribery in Foreign Business Transactions, February 4-5, 1998, Vancouver, British Columbia

² Summarized, *inter alia*, by Tiedemann, Klaus: Wirtschaftsstrafrecht. Köln, 2004, Carl Heymanns Verlag, p. 121 et seq.

³ For further descriptions see e.g. Wells, Celia: Corporations and criminal responsibility, Clarendon Press, Oxford 1994. For an overview of the history and criticism of corporate criminal responsibility, see e.g. the articles hosted under <http://law.jrank.org/pages/743> et seq.

Under the Model Penal Code approach, the legal entity is held liable for offenses "*authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting on behalf of the corporation within the scope of his office or employment.*"⁴ In contrast, the "*respondeat superior*" principle (derived from tort law where it had been used for long before it found application in criminal matters) is broader in a sense that it allows a legal entity to be held liable for offenses committed by any of its agents. In case of both approaches, it is required that the offense be committed with intent to benefit the corporation.

Both of the above principles were subject to criticism, the main point of which was that these principles are too broad and allow courts to establish criminal liability of the legal entity even in cases where the relevant offense was perpetrated by a low level employee or agent or in cases where no actual benefit was received by the relevant legal entity.

3. INTERNATIONAL LAW

In 1988, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted Recommendation No. R (88) 18 concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities ("Recommendation"). According to section I.1. of the Appendix of the Recommendation, "*Enterprises should be able to be made liable for offences committed in the exercise of their activities*".

The principles and recommendations set out in the Appendix of the Recommendation served as guidelines for national law-making throughout Europe and at EU level and appear in every piece of community legislation related to offenses to which the EU considers the application of criminal law sanctions necessary and appropriate.

In 1997 the Negotiating Conference of the OECD adopted the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (the "OECD Convention").

According to Article 2 of the OECD Convention, "*Each Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its legal principles, to establish the liability of legal persons for the bribery of a foreign public official.*" However, according to the commentary to Article 2 of the OECD Convention, if "*under the legal system of a Party, criminal responsibility is not applicable to legal persons, that Party shall not be required to establish such criminal responsibility.*"

Although the OECD Convention did not actually force the Parties to introduce the responsibility of legal persons under criminal law,

⁴ Model Penal Code, Section 2.07 para (1) (c)

nevertheless, it served as a guideline for many countries in that it introduced the theme of liability of legal persons in connection with bribery.

To date, 38 countries are party to the OECD Convention. Thus, its scope extends beyond that of the documents adopted under the egis of the European Union, as we shall see below.

4. EU LAW

4.1 DEVELOPMENT OF EC AND EU LEGISLATION

In parallel to the OECD Convention (and even prior to the adoption of the OECD Convention), a number of acts of community level legislation included provisions which ordered the Member States to provide for effective sanctions applicable against perpetrators of certain offenses, included provisions on the liability of legal entities.

The first act on EU level to introduce the liability of legal entities for criminal offenses was the Second Protocol to the Convention on the protection of the European Communities' financial interests.⁵ This Protocol required that the Members States put into place proper rules under which legal entities may be held liable for fraud, active corruption and money laundering.

Within the framework of development of an effective system of law enforcement to combat criminal offenses against the financial interests of the European Communities, a group of experts, under the guidance of Mireille Delmas-Marty, drew up the so-called Corpus Juris⁶ in 1997. In this relatively short, codex-like draft the group proposed the introduction of uniform criminal law provisions for the protection of the European Communities' financial interests, including the responsibility of legal entities. Later, the same group of experts prepared a study on the implementation and possible effects of the 1997 version and a newer draft of the Corpus Juris, which became known as the Corpus Juris Florence.⁷

Legal acts of secondary community law adopted subsequently include, among others, framework decisions and directives in the following areas (in reverse chronological order):

⁵ Second Protocol, drawn up on the basis of Article K.3 of the treaty on European Union, to the Convention on the protection of the European Communities' financial interests. OJ C 221, 19.7.1997, p. 12–22

⁶ Delmas-Marty, Mireille (ed.): Corpus Juris, introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union. Paris, Economica, 1997

⁷ Delmas-Marty, M.; Vervaele, J.A.E (ed.): Implementation of the Corpus Juris in the Member States. Mortsels, Intersentia, 2001.

- Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA⁸
- Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law⁹
- Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime¹⁰
- Council Framework Decision 2005/222/JHA of 24 February 2005 on attacks against information systems¹¹
- Council framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on combating the sexual exploitation of children and child pornography¹²
- Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector¹³

4.2 THE CORE RULE

In each of the above legal acts (and all legal acts adopted by the European Union that contain provisions on the liability of legal entities under criminal law) the core rule is as follows:

1. Each Member State takes necessary measures to ensure that legal persons can be held liable for the offense(s) regulated by the relevant legal act, committed for their benefit by any person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on (a) a power of representation of the legal person, or (b) an authority to take decisions on behalf of the legal person, or (c) an authority to exercise control within the legal person.

⁸ OJ L 101, 15.4.2011, p. 1–11

⁹ OJ L 328, 6.12.2008, p. 28–37

¹⁰ OJ L 300, 11.11.2008, p. 42–45

¹¹ OJ L 69, 16.3.2005, p. 67–71

¹² OJ L 13, 20.1.2004, p. 44–48

¹³ OJ L 192, 31.7.2003, p. 54–56

2. Apart from the cases described above, Member States need to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a responsible person has made possible the commission of the relevant offense for the benefit of that legal person by a person under its authority.
3. The liability of a legal person does not exclude criminal proceedings against natural persons who are involved as perpetrators, instigators or accessories in the commission of the relevant offense.

4.3 THE CURRENT PROGRESS OF EU LEGISLATION

Currently, EU bodies are preparing some legal acts which widen the scope of the responsibility of legal entities under criminal law. For example, the Commission submitted proposals for directives on combating the sexual abuse, sexual exploitation of children and child pornography¹⁴ and on attacks against information systems¹⁵ in March and September 2010, respectively. The finalization of both acts is in progress. Once adopted, these acts will replace the framework decisions on the same topics that are already in force.

In contrast to the treaty framework under the EU and EC Treaties,¹⁶ the entry into force of the Lisbon Treaty has enabled the European Union to enhance its legislation activity in the field of criminal law. Although the EU still has no competence to create "European criminal law", it may adopt directives to establish minimum rules concerning the definition of criminal offenses and sanctions in the areas of particularly serious crime with a cross-border dimension.¹⁷

5. HUNGARIAN LAW

Hungarian legislation, following the tendency of several European states, introduced criminal law sanctions against legal entities into the Hungarian legal system by the act on the criminal law sanctions applicable against legal entities (the "Act").¹⁸

¹⁴ COM (2010) 94 final

¹⁵ COM (2010) 517 final

¹⁶ See e.g. Satzger, Helmut: Internationales und Europäisches Strafrecht. Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 96 et seq.

¹⁷ Article 83 of the Treaty on the Functioning of the European Union. OJ C 83, 30.3.2010, p. 47–200

¹⁸ Act CIV of 2001, adopted by the Hungarian Parliament on December 11, 2001 and published in Hungarian Official Journal No. 2001/153 (XII. 24.).

The Act was promulgated on December 24, 2001 and entered into force on the date of the eastern enlargement of the European Union on May 1, 2004. It implements and complies with relevant provisions of EU law and the OECD Convention as a separate mini-code. It contains both provisions of material law and provisions related to the criminal procedure.

5.1 THE UNDERLYING CONCEPT OF THE ACT

Similarly to other countries, the subject of criminal liability of legal entities was and is still subject to discussion among scholars in Hungary as well. The main point made by those opposing the introduction of this concept is that the structure of Hungarian criminal law did not and does not allow for the liability of legal entities.¹⁹

The Act is based on the concept that the legal entity has no separate legal personality for the purposes of criminal law, that is, the legal entity does not become a perpetrator for the purposes of the Criminal Code. Procedural provisions of the Act had to be aligned with this principle, that is, the legal entity is not an accused (defendant) according to the law of criminal procedure.

The Act created a concept which was new to the system of criminal law and penal law. It recognizes the fact that the legal entity can only be involved in legal relationships of any kind by way of a representative, and thus vests rights and obligations in the representative or an attorney acting as its counsel.

As a general rule of the Act, the criminal liability of the legal entity is not independent but derived from the liability of the person who commits an offense in connection with the activities of the legal entity. Thus, criminal law sanctions may only be applied against the legal entity if there is a natural person against whom the criminal procedure may be conducted and the sanctioning of the legal entity under criminal law is linked to the traditional criminal law liability of the natural person concerned.

As a result, the subject of the criminal procedure is still the natural person. Although the legal entity is not an accused person (defendant) for the purposes of the criminal procedure, as a general rule, the legal entity shares the procedural status of the natural person with regard to whom the necessity or possibility of applying criminal law sanctions against a legal entity arises. If, for any reason, the criminal procedure against the natural

¹⁹ For more detailed theoretical analyses, see e.g. Sántha, Ferenc: A jogi személy büntetőjogi felelősségéről. Budapest, KJK-Kerszöv, 2002; Kondorosi, Ferenc – Ligeti, Katalin: Az európai büntetőjog kézikönyve. Budapest, Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, 2008

person ends, the criminal procedure may not be continued in connection with the legal entity either.

The scope of the Act covers, in brief:

- organizations (or organizational units) recognized as legal persons, and
- organizations which may be individual subjects of civil law relationships and possess capital distinct from their members.

Thus, the Act can be applied to a variety of legal entities ranging from companies to non-profit organizations and other specific entities.

In accordance with the second protocol to the Convention on the protection of the European Communities' financial interests, the scope of the Act does not extend to the States or other public bodies in the exercise of State authority and for public international organizations.²⁰

5.2 CONDITIONS OF IMPOSING SANCTIONS ON LEGAL ENTITIES

According to the Act, the conditions of imposing sanctions on a legal entity are as follows:²¹

1. a willful offense was perpetrated which resulted in (or was intended for) gaining an advantage for the benefit of the legal entity, and the offense was perpetrated by (i) a director, a member/shareholder authorized to represent the legal entity, employee, executive or company manager or supervisory board member of the legal entity or the agent of these persons within the scope of activities of the legal entity; or (ii) a member/shareholder or employee of the legal entity within the scope of activities of the legal entity and the executive, company manager or supervisory board member could have prevented the perpetration of the offense by duly fulfilling their controlling or supervising duties; or
2. the perpetration of the offense resulted in gaining an advantage for the benefit of the legal entity and the director, member/shareholder authorized to represent the legal entity, employee, executive or company manager or supervisory board member of the legal entity was aware of the perpetration of the offense;

²⁰ Section 1 para (1) 1. and para (2) of the Act

²¹ Section 2 of the Act

3. in the case of either 1. or 2. above, the natural person acting on behalf of the legal entity is punished, reprimanded or put on probation for the relevant offence.

There are two exceptions to this rule, in case of which criminal law sanctions may be applied against the legal entity if the committed offense resulted in a gain for the benefit of the legal entity, but the natural person who perpetrated the offense (i) may not be punished due to mental disorders excluding criminal responsibility, or (ii) dies and therefore the case is dismissed.

5.3 SANCTIONS APPLICABLE AGAINST LEGAL ENTITIES UNDER HUNGARIAN LAW

If the conditions described above three specific types of criminal law sanctions may be applied against legal entities under Hungarian law.²²

- fine
- limitation of activities
- dissolution of the entity

1) Fine:²³ The maximum amount of the fine that may be imposed upon a legal entity is three times the amount of the financial gain achieved (or aimed at) by the offense, but at least HUF 500,000 (approx. EUR 1,900). The court may establish the amount of the financial gain by way of estimation if the amount of the financial gain achieved (or aimed at) cannot be established (or can only be established with unreasonable effort).

If the gain achieved (or aimed at) is not financial in nature, the court establishes the amount of the fine considering the financial status of the legal entity. However, the amount of the fine cannot be less than HUF 500,000 (approx. EUR 1,900).

If the legal entity fails to pay the fine, it must be collected according to the rules of judicial forfeiture.

2) Limitation of activities:²⁴ The court may limit the activities of the legal entity for a term of one to three years in one or more of the following areas:

- collection of deposits on the basis of public calls

²² Section 3 of the Act

²³ Section 6 of the Act

²⁴ Section 5 of the Act

- participation in public procurement procedures
- conclusion of concession agreements
- classification as an organization performing activities of public interest
- receipt of targeted subsidies granted from the central budget, budgets of local governments, separated state funds, or by foreign states, the European Union or other international organization
- other activities, depending on the judgment

Depending on the operative part of the judgment of the court, the following legal consequences come into effect on the date when the judgment becomes final and binding:

- termination of the contract concluded on the basis of a public procurement procedure with immediate effect
- termination of the concession agreement with immediate effect
- termination of the procedure to classify the legal entity as an organization performing activities of public interest and deletion of the legal entity from the register of such organizations
- termination of the procedure for the award of the subsidies described above and repayment of subsidies awarded in connection with the offense

3) Dissolution of the entity:²⁵ The court dissolves the legal entity if the legal entity has been established for the purposes of concealing the commitment of criminal offenses or if the actual activities of the legal entity are performed for the purposes of concealing the commitment of criminal offenses. The court may dissolve the legal entity regardless of whether it performs regular business activities or not.

However, if the legal entity performs regular business activities the court may not dissolve the legal entity if, as a result of this sanction, a task to be performed by the state or a local government would be jeopardized or the legal entity (i) is a public utility provider operating countrywide, or (ii) is classified as one of strategic importance in terms of the national economy, or (iii) serves defense or other special purposes or performs such tasks.

²⁵ Section 4 of the Act

In addition to the above, the assets of the legal entity may be subject to confiscation and/or forfeiture of collateral profits of the relevant offense, as may be applicable according to the general provisions of the Criminal Code.

It is important to note that the scope of offenses allowing the application of criminal law sanctions against legal entities is not limited to corruption or any other specific type of offense, but basically includes any willful offense.

For example, the court found two persons guilty of violation of industrial property rights and false marking of goods because their companies placed the protected "EUR" mark on transportation pallets made of wood without the license of the railway company holding the exclusive right to authorize the use of the mark. The court confiscated the counterfeit pallets and also imposed a fine on two legal entities (both managed by the defendants) which had profited from the illicit activity.²⁶

6. THEORETICAL ISSUES

While it can be well argued that the introduction of legal entities as subjects of criminal law is indispensable, there is a number of issues which the lawmaker has to identify and address in order to create a proper and effective system of liability and enforcement with regard to legal entities in the field of criminal law.

The concept of criminal liability of legal entities, the involvement of legal entities in criminal proceedings or the application of criminal law sanctions against legal entities might be inconsistent with the traditional system of criminal law in many countries (including EU Member States, even if all legal acts of the EU that include rules concerning the liability of legal entities for criminal offenses provide that each "*Member State shall take the necessary measures to ensure that legal persons can be held liable*" for the relevant offence on which the framework decision or directive was adopted). In this respect, the following three main aspects should be considered:

First, the nature of liability under criminal law is an individual liability based on mens rea, or "guilt". In most of the systems introducing some kind of liability of legal entities into criminal law, the liability is an imputed, vicarious, secondary liability depending on the liability of others. The precondition of establishing the criminal liability of the legal entity (or, where this is not possible, the application of criminal sanctions against the entity) is the criminal liability of a natural person, namely, an officer, agent, employee, shareholder or other similar person. The liability of the legal

²⁶ Town Court of Nyíregyháza, case no. 10.B.2041/2007. The judgment was later upheld by the courts of second and third instance.

entity is objective in nature as it is not possible that legal entities themselves act willfully, negligently etc.

The second main issue lies within the very nature of the procedure. In many jurisdictions the procedure aimed at establishing the criminal liability of the legal entity or the basis for application of criminal sanctions against the entity is different from an ordinary criminal procedure (even if the entity is "tried" in the same case as the natural person whose offense creates the basis of the liability of the legal entity). For example, the status of the legal entity is not that of an accused in the traditional sense. The legal entity cannot be subject to the same procedural measures as an accused. As in the course of its ordinary activities, the entity can only act through a representative (e.g. an executive officer). The situation becomes complicated in cases where the only representative of the legal entity is the accused person in the matter or in cases where similar conflicts of interest arise.

Finally, the nature of sanctions applied against legal entities is specific and differs from the sanctions traditionally applied under criminal law. While modern penal systems are based on the deprivation of liberty (in some form or other) as their most fundamental punishment, the sanctions applicable against legal entities are more administrative in nature (considering, for example, the three main sanctions applicable under Hungarian law according to the Act, namely: fines, limitation of activities and dissolution).

7. ENFORCEMENT ISSUES

The aim of enforcing criminal law sanctions against legal entities is manifold. Firstly, the legal entity should be deprived of any gains or advantages derived from the relevant offense. Secondly, the sanction should be appropriate to have preventive effect on the legal entity and/or the persons operating the legal entity; the legal entity and/or the persons operating the legal entity should refrain from engaging in similar activities in the future. Thirdly, general prevention aspects also need to be considered.

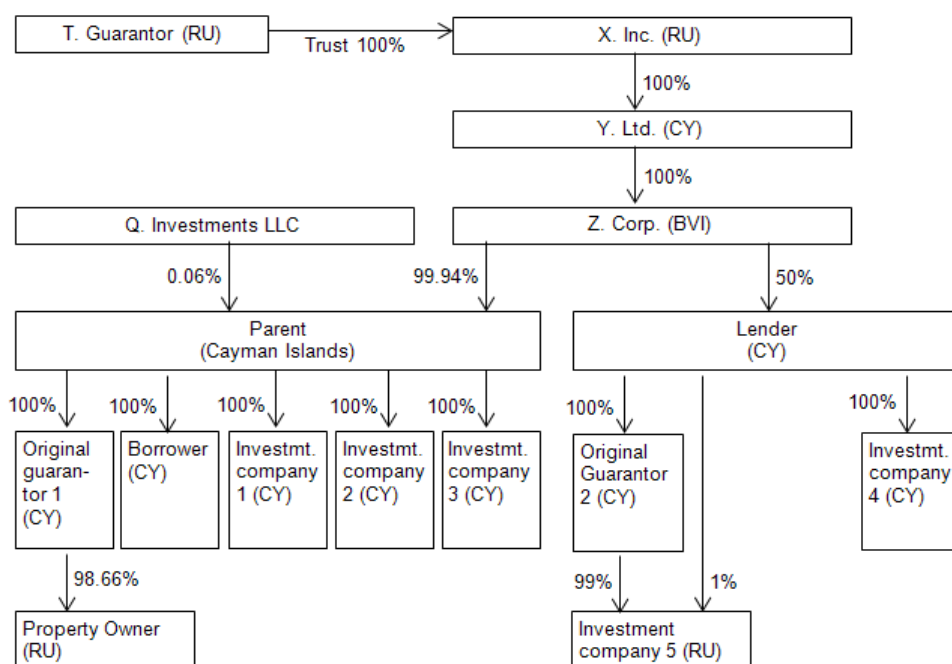
Now, the principles of criminal liability of legal entities and the enforcement of criminal law sanctions of any kind entail a number of problems inherent in the system of criminal law as it developed in most continental law countries.

The liability under criminal law is an individual liability. This principle also applies to sanctions imposed against legal entities. As a general rule, the court will only apply criminal law sanctions against one legal entity, namely, the one in respect of which the natural person accused committed the offense.

For example, it might be appropriate to ban the legal entity from performing certain activities or to otherwise limit its operations, in particular if the corporate structure is not complicated. In such cases, even the threat that

e.g. state or EU subsidies may have to be repaid or concessions granted to the legal entity may be revoked might prove effective to prevent officers or members/shareholders from considering the commitment of an offense for the benefit of the company.

However, let us examine the following structure chart showing part of a hypothetical corporate group with medium complexity, operating in various jurisdictions (for the purposes of the demonstration: Russia, Cyprus, the British Virgin Islands and the Cayman Islands).



In case of a large group of companies like the one above, imposing sanctions against a lower level project company or letterbox company of the group will not bring about the results aimed at by the authorities. The project company or letterbox company may or may not be dissolved after the case and the rest of the company group continues its operations undisturbed. In addition to the above, a large number of project companies are set up with a minimal amount of capital which makes it difficult to enforce pecuniary sanctions against the legal entity.

Even in cases where the company seems to have sufficient assets to pay the fines imposed against it or enable forfeiture of collateral profits of the underlying offense, officers and other persons having an interest to prevent the enforcement of the judgment may easily divest money from the relevant legal entity unless proper measures are taken to freeze all assets of the entity. This measure, however, could be an unnecessary interference with the rights of the legal entity and, in some cases, could prevent the legal

entity from continuing its normal business activities enabling it to pay the fine or enable the forfeiture of collateral profits of the underlying offense.

In cases where offshore companies are involved in the group of companies – and they are, in a very large number of company groups – tracing the profits gained through the offense might encounter serious difficulties. It may even be impossible to trace the beneficial owner of a large corporate chain that ends somewhere in the Cayman Islands or the British Virgin Islands and, on top of that, is held by a trustee for the benefit of a person whose identity would not be disclosed in accordance with the rules of the relevant jurisdiction.

In case of dissolution of the legal entity, the persons operating the relevant entity (whether natural persons or legal entities themselves) may directly or indirectly set up a new legal entity and continue their operation undisturbed. Even if a director of a company is banned from holding such office in one country, the effects of the sentence may not be applied in other countries (particularly in countries outside the EU). Thus there is little or no hindrance standing in the way of such a director who wants to run a mother company in a safe haven and indirectly operate subsidiaries in the country where he was banned.

In any case, the achievement of the prevention aspect falls short as well if the authorities are only able to impose criminal law sanctions against a legal entity located at a lower level of a group of entities.

In addition to the above considerations, in some jurisdictions bankruptcy or insolvency proceedings may not be initiated or have to be suspended if the public prosecutor notifies the court that criminal law sanctions might be applied against the legal entity. The length of such proceedings, added to the duration of the criminal procedure (which may even in more simple cases take several years, let alone those where complicated investigations had to be carried out, all possible legal remedies are used during the procedure and/or the accused hinder the relevant authority in performing its tasks or otherwise obstruct the procedure), raises concerns in respect of the effectiveness of this system.

In addition to the problem of prosecuting the persons who committed the relevant offense in connection with the activity of the legal entity, creditors may have to face almost certain loss of their claims against the legal entity. If bankruptcy proceedings have to be suspended due to the criminal procedure, the legal entity and its creditors are deprived of their rights under bankruptcy law allowing them to reach a settlement that could save the legal entity from insolvency.

Finally, the imposition of criminal law sanctions against a legal entity may cause unnecessary harm to the legal entity itself. For example, the restriction of activities and the imposition of fines may hinder the licit business

activities of a corporation leading to unwanted results in connection with creditors and/or innocent shareholders, employees etc.

8. CONCLUSION

The problems and concerns described above may imply that the prosecution and sanctions against legal entities using criminal means is barely effective. While this may be true in some cases, in others it might be the only tool to prevent persons from abusing their position held in legal entities, in particular if the legal entity provides limited liability for its members/shareholders.

Legislation had to respond to the problem of crime committed within the framework of corporate operations and/or in connection with the activities of legal entities. Therefore, in my opinion, the application of criminal law sanctions against legal entities is inevitable and the system should be developed to provide for appropriate responses to criminal activities in connection with the operation of legal entities, the abuse of positions held in such entities.

On the other hand, I believe that a key point in making use of possibilities provided by the relevant legislation effectively is to put the emphasis on the investigation and prosecution stage in criminal procedures involving legal entities. In some cases, the lack of expertise and/or information regarding complex business structures combined with the problems arising with cross-border cases may make it difficult to effectively combat offenses in connection with legal entities. These issues need to be addressed as well when developing the system of criminal enforcement against legal entities.

I believe that the three most crucial elements of an effective system of investigating offences where the application of criminal law sanctions against legal entities might come into consideration are speed, co-ordination and the proper application of criminal procedural measures.

Rapid action from the side of the investigation and prosecution authorities is even more essential in such cases than in "regular" criminal matters. Intensive co-ordination is required in a sense that there is a need for effective gathering and exchange of information (with the involvement of a number of other authorities, financial institutions etc.). The proper application of measures provided by criminal procedure related legal regulations, e.g. freezing, seizures and covert operations may facilitate the discovery of the relevant criminal activity and the preservation of evidence.

In my opinion, legislation and law enforcement should have special regard to the high level training of personnel involved in the investigation, prosecution and trial of such offenses. Also, the regular and pro-active exchange of information between authorities is crucial to identify issues and develop best practices in connection with the underlying criminal activity

and the appropriate response from the states' side. The approach of the EU, continuously searching for opportunities to enhance cross-border cooperation between Member States in criminal matters, is to be welcomed in this respect.

Literature:

- Delmas-Marty, Mireille (ed.): *Corpus Juris*, introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union. Paris, Economica, 1997
- Delmas-Marty, M.; Vervaele, J.A.E (ed.): *Implementation of the Corpus Juris in the Member States*. Mortsel, Intersentia, 2001
- Ferguson, Gerry: *Corruption and corporate criminal liability*. Seminar on New Global and Canadian Standardson Corruption and Bribery in Foreign Business Transactions, February 4-5, 1998, Vancouver, British Columbia
- Kondorosi, Ferenc – Ligeti, Katalin: *Az európai büntetőjog kézikönyve*. Budapest, Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, 2008
- Satzger, Helmut: *Internationales und Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden, Nomos, 2009
- Sántha, Ferenc: *A jogi személy büntetőjogi felelősségéről*. Budapest, KJK-Kerszöv, 2002
- Tiedemann, Klaus: *Wirtschaftsstrafrecht*. Köln, 2004, Carl Heymanns Verlag
- Wells, Celia: *Corporations and criminal responsibility*, Claredon Press, Oxford 1994

Contact – email

peisch.andras@gmail.com

ODPOVĚDNOST PRÁVNICKÝCH OSOB ZA PORUŠENÍ OZNAMOVACÍ POVINNOSTI PODLE PAMÁTKOVÉHO ZÁKONA

KLÁRA PROKOPOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita (Katedra správní vědy a
správního práva), Česká republika

Abstract in original language

Cílem příspěvku je popsat a analyzovat odpovědnost právnických osob za porušování oznamovací povinnosti a zhodnotit efektivitu správněprávní sankce podle zákona o státní památkové péči. Konkrétně je řešeno oznamování stavebních prací v území s archeologickými nálezy.

Key words in original language

Odpovědnost, právnická osoba, památková péče, archeologie

Abstract

The aim of this paper is to describe and analyze liability of legal persons for breach of notification obligation and to evaluate the effectiveness of administrative sanction according to monument preservation act. Specifically, the paper deals with notification of construction works in the possible archaeological sites.

Key words

Liability, legal person, monument preservation, archaeology

Oznamovací povinnost podle zákona č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „památkový zákon“) je jedním z nejdůležitějších nástrojů preventivní ochrany archeologických památek. Její význam spočívá zejména ve faktu, že by měla představovat první z mnoha fází ochrany archeologického dědictví.

V rámci stavebních činností jde právě o právnické osoby, stavebníky, které se dopouštějí porušování povinností vůči úpravě památkové péče v míře, která si zaslouží bližší rozbor.

Právnickým (obdobně jako fyzickým) osobám oznamovací povinnost ukládá ustanovení §22 odst.2 památkového zákona, které vyjadřuje nutnost

oznámení jejich stavebního záměru¹ s tak dostatečným předstihem, aby byl naplněn účel této úpravy, tedy ochrana památek.

Zákon uvádí, že notifikační povinnost se vztahuje na stavební činnost v území s archeologickými nálezy. Už problematika vymezení takového území je ale v současné době dosti chaotická. Zákon uvádí možnost stanovení plánů území s archeologickými nálezy na úrovni krajů, bohužel jen fakultativně a i když tato právní úprava má za sebou již delší dobu účinnosti, není momentálně v jediném kraji takový plán vypracován². Z logiky věci by mělo vyplývat, že za potenciální archeologickou lokalitu by se mělo považovat veškeré území České republiky, jelikož faktickou existenci může prokázat až provedený archeologický výzkum³. V současnosti však obecně platí opak – tedy že místo se nepovažuje za území s archeologickými nálezy, pokud není tato skutečnost potvrzena archeologickou institucí, nebo ex post archeologickým výzkumem. Dalo by se uvažovat i o stanovení takového území v rámci některého z nástrojů územního plánování, ale i když tato možnost existuje, v hojně míře se nevyužívá. Jako určité východisko se nabízí Státní archeologický seznam⁴, soupis území s již potvrzenými archeologickými lokalitami, vedený Národním památkovým ústavem, který ovšem logicky nedokáže pokrýt požadavky archeologické památkové péče.

Splnění notifikační povinnosti provází naplnění několika podmínek. Aby byla povinnost splněna řádně, musí oznámení proběhnout včas a příslušnému orgánu.

Povinnost vzniká právnické osobě od přípravy stavby, což znamená ještě před zahájením stavebního řízení, a i když zákon časový údaj nijak blíže nespecifikuje, z preventivní funkce notifikační povinnosti vyplývá, že by

¹ Stavební činnost není jedinou činností, která vyvolává oznamovací povinnost, i když je zdaleka nejčastější. Jde mimo ni totiž o jakoukoli činnost, která by mohla ohrozit provádění archeologických výzkumů.

² Středočeský kraj však uvádí, že pro své území nemá plány území s archeologickými nálezy vymezeny, ale že za ně považuje celé území kraje, vyjma míst vytěžených, případně rekultivovaných po těžbě. *Středočeský kraj: Ochrana archeologického dědictví* [online]. [cit. 2011-04-19]. Dostupné z: <<http://www.kr-stredocesky.cz/portal/odbory/kultura-a-kulturni-dedictvi/archeologie/>>

³ V obdobném duchu se nese i judikát Krajského soudu v Ústí nad Labem, č. j. 59 Ca 59/2002, který uvádí odpovědnost za porušení oznamovací povinnosti jako objektivní, tedy nezávislou na zavinění, a dále že splnění této povinnosti není vázáno ani na znalost skutečnosti, že jde o území s archeologickými nálezy, ani na to, zda stavebními pracemi dojde či nedojde k zásahu do archeologického naleziště.

⁴ Dostupný z <http://www.npu.cz/pro-odborniky/pamatky-a-pamatkova-pece/zakladni-odborne-specializace/archeologie/sas/>.

měl stavebník svůj záměr oznámit ještě před zahájením stavebního řízení⁵. Pak se totiž bude moci památková péče promítnout do stavebního povolení.

Za řádně splněné oznámení považuje památkový zákon pouze oznámení učiněné vůči Akademii věd České republiky (dále jen „AV ČR“). V praxi se však často stává, že se stavebníci snaží tuto povinnost plnit u jiných subjektů, zejména u organizací oprávněných provádět archeologické výzkumy a AV ČR se o takto řešených situacích dozvídá zpětně, nebo dokonce vůbec.

Sankcí, kterou uvádí památkový zákon za porušení oznamovací povinnosti, je pokuta⁶. Tuto ukládá ve správním řízení krajský úřad a je jeho příjmem. Řízení je zahajováno na základě zásady oficiality, ale většinou na základě vnějšího podnětu⁷.

Významnou roli v rámci výše pokuty hraje novela památkového zákona č. 307/2008 Sb., která zvýšila horní hranici peněžité sankce na 4 000 000 Kč.

Kriteria pro určování výše pokut uvádí památkový zákon v jakési „generální klauzuli“, jejíž aplikace je však v tomto specifickém případě dosti problematická. §36 vymezuje demonstrativně základní hlediska ke stanovování konkrétní výše pokuty: závažnost protiprávního jednání, doby trvání protiprávního jednání, kulturně politický význam kulturní památky a rozsah hrozící nebo způsobené škody.

V podstatě však pouze první zákonné kritérium, závažnost protiprávního jednání, je možno aplikovat bez zásadnějších problémů.

Již u druhého kritéria však nastává při aplikaci na notifikační povinnost problém, zda je vůbec lze použít. Jak uvádí Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku⁸, neoznámení stavebního záměru není deliktem trvajícím, ale jednorázovým, nelze se tedy v tomto případě odkazovat na délku trvání protiprávního jednání. Na druhou stranu však lze vzít v potaz délku trvání protiprávního stavu, tedy období, kdy právnická osoba měla oznámit svůj záměr a neoznámila.

⁵ Stejný názor zastává i Ministerstvo, viz např. stanovisko č. 13386/2006.

⁶ §35 odst. 2 písm. f zákona č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, znění pozdějších předpisů.

⁷ §42 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů. Takovýto podnět většinou podávají archeologické instituce, orgány archeologické památkové péče, ale i například Policie ČR.

⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. září 2010, č. j. 5 As 3/2010 – 63.

Třetí kritérium se pak vztahuje na okruh kulturních památek, tedy věci, jež byly za kulturní památky prohlášeny a je tedy v rámci sledované problematiky nepoužitelné, respektive by se k němu přihlédlo pouze v případě, že by šlo o oznamovací povinnost v území prohlášeném za kulturní památku.

Rozsah hrozící nebo způsobené škody je opět kritérium, u kterého je třeba přihlížet ke specifickým archeologické památkové péče. Rozsah škody způsobené na archeologických památkách totiž nelze spolehlivě zjistit bez provedení archeologického výzkumu, jež kvůli porušení notifikační povinnosti nemusí být proveden vůbec, porušování oznamovací povinnosti totiž často chodí ruku v ruce s porušením povinnosti strpět archeologický výzkum. Pokud však správní delikt právnické osoby spočívá pouze v neoznámení stavební činnosti, lze pak dovodit rozsah škody až zpětně, podle výsledků záchranného archeologického výzkumu. Přičemž výzkum může probíhat delší dobu, během i po skončení doby vedení řízení, zahajovaného po zjištění porušení povinnosti, a lze jen těžko přihlédnout k jeho výsledkům.

Z uvedeného vyplývá, že demonstrativní výčet hledisek určujících výši ukládané pokuty, který nabízí památkový zákon, není zcela ideální pro potřeby archeologické památkové péče. Nabízí se pak specifická kritéria, aplikovaná krajskými úřady na konkrétní případy odpovědnosti za porušení notifikační povinnosti, podle vlastního uvážení a specifík případu, například kulturní význam narušené lokality.

Podle vyjádření krajské úřady⁹ zohledňují dále zejména skutečnost, že k oznámení došlo opožděně, že při stavební činnosti nebyl učiněn žádný archeologický nález, zda se jedná o první porušení zákona atp. Vliv na výši pokuty má i součinnost odpovědné právnické osoby, snaha o nápravu, která je však zákonnou povinností. Z logiky vyplývá, že by svou roli sehrálo i oznámení nepříslušné organizaci archeologické památkové péče. Dále pak ovlivňuje výši ukládané pokuty míra zavinění ze strany právnické osoby a úmysl.

Je třeba ještě upozornit na hledisko tzv. likvidační pokuty, jak judikoval Nejvyšší správní soud¹⁰, kdy správní orgán nesmí uložit pokutu, která by měla vzhledem k majetkovým poměrům právnické osoby likvidační charakter.

Případová studie

Hlavní otázkou zůstává, zda je současná právní úprava odpovědnosti právnických osob za porušení notifikační povinnosti podle památkového

⁹ Bocková, A., Krajský úřad, Karlovarský kraj. RE: Žádost o informace podle zákona č. 106/1999 Sb. [online]. Klára Prokopová. 14. dubna 2011 [cit. 2011-04-19]., Drobný, T., Krajský úřad, Jihomoravský kraj. Uložení pokut právnickým osobám za nesplnění oznamovací povinnosti dle §22 odst. 2 zákona č. 20/1987 Sb. - poskytnutí informace. 21. dubna 2011. Č.j. JMK 50213/2011., Garčic, J., Krajský úřad, Olomoucký kraj. Poskytnutí informace podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů. 14. dubna 2011. Č.j. KUOK 38032/2011., Hovorka, D., Krajský úřad, Jihočeský kraj. Odpověď na žádost o informaci dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů. 21. dubna 2011. Č.j. KUJCK 13304/2011 OMVV/1., Kněžínek, J., Magistrát hlavního města Prahy. Věc: Poskytnutí informace dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů. 20. dubna 2011. Č.j. S-MHMP 299131/2011., Konopásek, A., Krajský úřad, Ústecký kraj. Odpověď na žádost o poskytnutí informací dle zák. 106/1999 Sb. 18. dubna 2011. Č. ev. 66117/2011/KUUK., Macura, P., Krajský úřad, Zlínský kraj. Poskytnutí informace dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. 21. dubna 2011. Č.j. KUZL 25640/2011., Mertlík, P., Krajský úřad, Královéhradecký kraj. Odpověď na žádost o informaci doručenou dne 11.4.2011. 18. dubna 2011. Č.j. IZ-21/VZ/2011., Nováková, K., Krajský úřad, Kraj Vysočina. Poskytnutí informace ve smyslu zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím [online]. Klára Prokopová. 14. dubna 2011 [cit. 2011-04-19]., Ščerbáková, M., Krajský úřad, Liberecký kraj. Odpověď na žádost o inrofmaci dle zákona 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím [online]. Klára Prokopová. 22. dubna 2011 [cit. 2011-04-27]., Valečková, M., Krajský úřad, Pardubický kraj. Odpověď na žádost o poskytnutí informace podle zák. č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. 5. května 2011. Č.j. KrÚ - 28509/2011 OŠKT OKPP., Wroblowska, M., Krajský úřad, Moravskoslezský kraj. Odpověď na žádost o poskytnutí informace dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. 14. dubna 2011. Č.j. MSK 65006/2011. Sp. zn. ÚPS/15164/2011/Kre., Zubíková, K., Krajský úřad, Středočeský kraj. Žádost o sdělení informace podle zákona č. 106/1999 Sb. – sdělení. 18. dubna 2011. Č.j. 077327/2011/KUSK. Sp. zn. SZ_072991/2011/KUSK/2.

¹⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. dubna 2008, č. j. 1 As 9/2008 – 133.

zákona efektivní a nakolik plní svůj účel. Zejména pak se zaměřením na novelu památkového zákona č. 307/2008, která zásadním způsobem zvýšila horní hranici sankce za porušení povinností podle právní úpravy.

Z vládního návrhu zákona, důvodové zprávy¹¹ a praxe archeologické památkové péče vyplývá, že předchozí právní úprava neodpovídala požadavkům zachování kulturního dědictví a způsobené škody mnohdy neodpovídaly uloženým postihům. Novela č. 307/2008 tedy přinesla zvýšení horní hranice z 500 000 Kč na 4 000 000 Kč.

Možnost ukládání vyšších pokut se pozitivně promítlo do počtu oznámených stavebních akcí, i když výsledná čísla stále zdaleka nejsou ideální. Zvýšil se tak počet oznámených stavebních a jim obdobných činností, směřovaných vůči AV ČR, o více než tři čtvrtiny¹². Na druhou stranu počet řízení vedených krajskými úřady a uložených pokut se v podstatě nemění. To může být způsobeno ne zcela ideálním stavem veřejné správy v této oblasti a nedostatečnou kontrolou. Podněty k zahájení řízení totiž v drtivé většině nevycházejí z vlastní činnosti úřadu, ale od vně postavených institucí a orgánů, které nemají uloženu takovou činnost jako povinnost.

Zmíněná novela se nepromítla zásadním způsobem ani do výše uložených pokut. Ty jsou v zásadě ukládány na spodní hranici možné výše a zpětně tak rozhodování krajských úřadů ztěžuje naplnění cílů a účelu nové úpravy.

Na dodržování zákonných povinností právnických osob v oblasti památkové péče mají tak vliv dva zásadní faktory: efektivita samotného ustanovení zákona a efektivita řízení vedeného pro jeho porušení.

Je tedy možné říci, že zvýšení horní hranice pokuty v sankčním ustanovení památkového zákona přineslo kýžený efekt výraznějšího dodržování oznamovací povinnosti. Je však nutné, aby se daná změna promítla i do případných řízení o uložení pokuty.

Druhým problémem však zůstává neefektivita vlastního ustanovení o notifikační povinnosti, které by si ve světle vývoje památkové péče a v souvislosti s vydáním „nového“ stavebního zákona¹³ zasloužila revizi.

¹¹ Vládní návrh č. 441/0 na vydání zákona, kterým se mění zákon č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, ve znění pozdějších předpisů.

¹² Výsledná čísla vychází z údajů poskytnutých AV ČR v Brně. Jansa, P., Akademie věd České republiky Brno, v.v.i. RE: Žádost o informace podle zákona č. 106/1999 Sb. [online]. Klára Prokopová. 14. dubna 2011 [cit. 2011-04-19].

¹³ Zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů.

Problematickou, kromě vymezení území s archeologickými nálezy, se jeví nízká, respektive téměř žádná provázanost se stavebním zákonem, takže v praxi vzniká situace, kdy se stavebník sice řídí stavebním zákonem, ale oznamovací povinnost podle zákona památkového mu již není známa, i když funguje zásada *ignorantia legis*. Je pak nasnadě otázka, zda takto zvolená úprava plní svůj účel – tedy ochranu archeologického dědictví.

K odpovědnosti za porušení oznamovací povinnosti se v drtivé většině případů váže porušení i dalších povinností, stanovených památkovým zákonem¹⁴, případně povinností stanovených jinými předpisy¹⁵.

Úprava odpovědnosti právnických osob v této oblasti tedy není zcela ideální, zejména v souvislosti s problémem neurčitelnosti území s archeologickými nálezy, tedy jednoho z klíčových pojmů ustanovení. Na druhou stranu je nutno dodat, že co se týká uplatňování této odpovědnosti, současný stav bohužel zcela neodpovídá snaze naplnit cíl a účel právní úpravy. Odpovědnost právnických osob za porušování oznamovací povinnosti podle památkového zákona je tak zásadní, ale zároveň dosti opomíjenou součástí problematiky památkové péče.

Literature:

Zákon č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, ve znění zákona č. 189/2008.

Zákon č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 256/2001 Sb., o pohřebnictví a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů.

Zákon č. 307/2008 Sb., kterým se mění zákon č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴ Například neumožnění provedení archeologického výzkumu, poškození kulturního dědictví, kde by mohlo jít o případ trestněprávní – poškození cizí věci, atp.

¹⁵ Zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů, některých případech lze snad uvažovat i zákon č. 256/2001 Sb., o pohřebnictví a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Vládní návrh č. 441/0 na vydání zákona, kterým se mění zákon č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, ve znění pozdějších předpisů.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. září 2010, č. j. 5 As 3/2010 – 63.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. dubna 2008, č. j. 1 As 9/2008 – 133.

Rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 24. září 2002, č. j. 59 Ca 59/2002 - 35.

Stanovisko Ministerstva kultury č. j. 7033/2007.

Stanovisko Ministerstva kultury č. j. 13386/2006.

Bocková, A., Krajský úřad, Karlovarský kraj. RE: Žádost o informace podle zákona č. 106/1999 Sb. [online]. Klára Prokopová. 14. dubna 2011 [cit. 2011-04-19].

Drobný, T., Krajský úřad, Jihomoravský kraj. Uložení pokut právnickým osobám za nesplnění oznamovací povinnosti dle §22 odst. 2 zákona č. 20/1987 Sb. - poskytnutí informace. 21. dubna 2011. Č.j. JMK 50213/2011.

Garčic, J., Krajský úřad, Olomoucký kraj. Poskytnutí informace podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů. 14. dubna 2011. Č.j. KUOK 38032/2011.

Hovorka, D., Krajský úřad, Jihočeský kraj. Odpověď na žádost o informaci dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů. 21. dubna 2011. Č.j. KUJCK 13304/2011 OMVV/1.

Jansa, P., Akademie věd České republiky Brno, v.v.i. RE: Žádost o informace podle zákona č. 106/1999 Sb. [online]. Klára Prokopová. 14. dubna 2011 [cit. 2011-04-19].

Kněžínek, J., Magistrát hlavního města Prahy. Věc: Poskytnutí informace dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů. 20. dubna 2011. Č.j. S-MHMP 299131/2011.

Konopásek, A., Krajský úřad, Ústecký kraj. Odpověď na žádost o poskytnutí informací dle zák. 106/1999 Sb. 18. dubna 2011. Č. ev. 66117/2011/KUUK.

Macura, P., Krajský úřad, Zlínský kraj. Poskytnutí informace dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. 21. dubna 2011. Č.j. KUZZL 25640/2011.

Mertlík, P., Krajský úřad, Královéhradecký kraj. Odpověď na žádost o informaci doručenou dne 11.4.2011. 18. dubna 2011. Č.j. IZ-21/VZ/2011.

Nováková, K., Krajský úřad, Kraj Vysočina. Poskytnutí informace ve smyslu zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím [online]. Klára Prokopová. 14. dubna 2011 [cit. 2011-04-19].

Středočeský kraj: Ochrana archeologického dědictví [online]. [cit. 2011-04-19]. Dostupné z: <<http://www.kr-stredocesky.cz/portal/odbory/kultura-a-kulturni-dedictvi/archeologie/>>.

Ščerbáková, M., Krajský úřad, Liberecký kraj. Odpověď na žádost o informaci dle zákona 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím [online]. Klára Prokopová. 22. dubna 2011 [cit. 2011-04-27].

Valečková, M., Krajský úřad, Pardubický kraj. Odpověď na žádost o poskytnutí informace podle zák. č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. 5. května 2011. Č.j. KrÚ - 28509/2011 OŠKT OKPP.

Wroblowská, M., Krajský úřad, Moravskoslezský kraj. Odpověď na žádost o poskytnutí informace dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. 14. dubna 2011. Č.j. MSK 65006/2011. Sp. zn. ÚPS/15164/2011/Kre.

Zubíková, K., Krajský úřad, Středočeský kraj. Žádost o sdělení informace podle zákona č. 106/1999 Sb. – sdělení. 18. dubna 2011. Č.j. 077327/2011/KUSK. Sp. zn. SZ_072991/2011/KUSK/2.

Contact – email

Klara.Prokopova@law.muni.cz

TRESTNOPRÁVNNA ZODPOVEDNOSŤ PRÁVNICKÝCH OSÔB V SLOVENSKOM PRÁVNOM PORIADKU

JANA SCHÄFFEROVÁ

Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Slovenská republika

Abstract in original language

V príspevku je venovaná pozornosť ochrany tretích subjektov-osôb, vstupujúcich do jednania s právnickými osobami. Rozoberaná je najmä téma problematiky uzákonenia trestnoprávnej zodpovednosti týchto osôb, analýza problému ich úpravy a dôsledok takejto absencie v našom právnom poriadku. Príspevok je ďalej orientovaný na udeľovanie sankcií osobám so statusom právnické osoby a návrh na udeľovanie trestov, ako preventívnu a ochrannú funkciu. V závere práce je ukážka možných riešení, ktoré majú iné štáty už zaužívané v praxi

Key words in original language

právnická osoba, zodpovednosť, tretia osoba, sankcie

Abstract

The paper will pay attention to the protection of third persons, entities, entering into negotiations with legal persons. Discussing the particular topic is the issue of the enactment of the criminal liability of those persons, problem analysis, adjustment, and a result of such absence in our law. The contribution is focused on further penalties to persons having legal person status and a proposal to award penalties and preventive and protective function. In conclusion, this work is an example of possible solutions to other states already well established in practice.

Key words

criminal liability of legal persons in the Slovak legal system

V prípade ak fyzická osoba spácha trestný čin, vzťahuje sa na ňu trestný zákon a trestný poriadok platný a všeobecne záväzný v podmienkach Slovenskej republiky. Avšak na spoločnosť a teda právnickú osobu nie je možné pozeráť ako na človeka- fyzickú osobu. Naše platné právne predpisy túto situáciu, podľa môjho názoru, žiaľ neriešia. V trestných kódexoch je riešená iba individuálna zodpovednosť- fyzická osoba zodpovedá za svoje konanie. Respektíve, čiastočné riešenie spomínam ďalej v článku,

a to takzvanou nepriamou zodpovednosťou. Prečo vidím dôvod pre zavedenie takejto zodpovednosti? Je to potreba len vnútroštátna, alebo by sme tento problém mohli nazvať už aj medzinárodným? Ako dobre vieme, Slovenská republika je viazaná medzinárodnými zmluvami a dohovormi. Zavedenie takejto zodpovednosti je požadované viacerými medzinárodnými záväzkami, ktoré ale majú iba charakter odporúčaní. A teda, ako spomínam vyššie (individuálnu trestnú zodpovednosť) zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb by bolo v rozpore so súčasnou právnou úpravou. Problém nastáva práve v tejto oblasti, kedy právnickú osobu nie je možné personifikovať, subsumovať ju pod fyzickú osobu, pripisovať jej zodpovednosť týchto osôb a v neposlednom rade aj patričné sankcie, ktoré by v určitých prípadoch nebolo možné ani realizovať. Pripísať zodpovednosť, psychický, duševný či fyzický vzťah právnickej osoby k spáchanému trestnému činu, by bol veľmi náročný a takmer neúspešný pokus o riešenie. Právnickej osobe by sme len veľmi zložito dosvedčili vôľu spáchať konkrétny trestný čin. K tejto téme má potrebu sa vyjadriť asi každý, avšak názory ľudí sa v mnohom rozlišujú, a poniektorým aj naháňajú hrôzu jej uzákonením. Preto sa tomu snažím hlbšie porozumieť a pochopiť súčasné problémy, ktoré robia túto situáciu problémovou. Nepochybne existuje niekoľko odborných argumentov, prečo túto zodpovednosť nezaviesť. Podľa môjho názoru, štúdiom tejto problematiky a sledovaním médií, je to téma, ktorú je potrebné riešiť ihneď a zabrániť tým trestným činom, ktoré by mohli byť ďalej páchané, bez postihu konkrétnej osoby. Je obava a negatívny postoj k zavedeniu tohto inštitútu zakotvená v obave a nedôvere voči nášmu právnemu systému a jeho zneužitiu? Bezpochyby, asi každý systém, akokoľvek dobre myslený, je v dnešnej dobe zneužiteľný. Môže zato doba, nove technológie a inovácie. Situácia je taká, že všetky problémy spoločností, si dovoľím nazvať folklórom podávania trestných oznámení. Zavedením trestnej zodpovednosti právnických osôb, by sme zaznamenali významný prelom z doterajšieho teoretického chápania trestnej zodpovednosti v súvislosti so zavinením. Možno práve tento dôvod by sme mohli označiť za hlavnú príčinu neuzákonenia tohto inštitútu. Je zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb potreba vnútroštátna, alebo by sme to mohli nazvať medzinárodným problémom? Vstupom Slovenskej republiky do Európskej únie vznikla povinnosť Slovenska plniť záväzky vyplývajúce jej z tohto z členstva. Slovenská republika je preto viazaná medzinárodnými

dokumentmi a medzinárodnými zmluvami, ktoré ale majú, dovoľím si tvrdiť „iba“, charakter odporúčaní. V posledných rokoch majú stúpajúci charakter protispoločenské aktivity právnických osôb, z čoho vyplývajú ohrozenia hospodárskej stability, ľudských práv a životného prostredia. Protispoločenské aktivity právnických osôb sa týkajú predovšetkým verejných financií- podvody a korupcia pri zadávaní verejných zákaziek, krátenia či neplatenia daní, podvodné získavanie dotácií a podobne, životného prostredia a zdravia- výroba a distribúcia výrobkov nebezpečných pre život a zdravie, priemyselné znečistenie životného prostredia, porušovanie pravidiel ekologicky bezpečné výroby. Z uvedeného je možné predpokladať, že právnické osoby často páchajú závažnú trestnú činnosť hoci aj z nedbanlivosti, ktoré môže mať na svedomí aj mnoho životov. Hlavným účelom trestnoprávnej zodpovednosti právnických osôb by teda podľa zástancov mali byť predovšetkým prevencia, hroziaci a preventívny efekt, ktorého doterajšie administratívne sankcie zďaleka nedosahujú, pretože udeľované pokuty sú pre právnické osoby v porovnaní so ziskom z nedovoleného konania zanedbateľné. Z môjho pohľadu je veľmi výrazným argumentom všetkých zástancov proti zavedeniu tejto zodpovednosti, práve poukazovanie nato, že právnické osoby sú len fikcia. Je to naozaj tak? V prípade ak by to tak bolo, je logické, že tieto osoby potom nemôžu mať svoju vlastnú vôľu, z čoho vyplýva, že sa ani nemôžu stať subjektom trestnoprávných vzťahov. Je nepopierateľné, že právnické osoby sú reálne subjekty, ktoré majú v občianskom, správnom a obchodnom odvetví svoju právnu subjektivitu, preto nie je správne ich subsumovať len pod tieto odvetvia. Dôvody pre zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb sú rozličné. Patrí medzi ne poznanie, že individuálne trestnú zodpovednosť v podmienkach kolektívnych organizačných foriem nie je s to zabrániť zvlášť škodlivým dôsledkom vznikajúcim vo sfére činnosti právnických osôb, ktorá má často rozsiahle a ťažko napravitel'né dôsledky postihujúce spoločnosť a životné prostredie, v ktorom žije (ako príklady sa uvádzajú rozsiahle hospodárske machinácie, poškodzovanie životného prostredia haváriami výrobných prevádzok, ropných tankerov, nedovolená výroba a distribúcia zbraní, drog a pod. V prospech zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb považujem okolnosť, že nemožno vystačiť s administratívnou- správnu zodpovednosťou a sankciami, ktoré evidentne nie sú schopné dostatočne postihnúť spoločensky škodlivé následky, t. z . činnosti právnických osôb- správna zodpovednosť je roztrieštená, nekoordinovaná, nedostatočná, nemá

prepracované všeobecné inštitúty upravujúce zodpovednosť, správne právo nemá dostatočnú škálu vhodných sankcií realizovateľných práve na právnické osoby. Trestnou zodpovednosťou právnických osôb sa bude musieť zaoberať aj česká legislatíva v súvislosti s revíziou trestného práva. Ak zákonodarca zavedie trestnú zodpovednosť právnických osôb, bude potrebné riešiť niekoľko dôležitých otázok. Ide napríklad o otázky, ktoré právnické osoby by mali podliehať trestnej zodpovednosti. Ďalej ide, za aké trestné činy by mali zodpovedať, otázku zavinenia právnických osôb, otázku sankcionovania právnických osôb a nakoniec aj procesnú otázku - trestné konanie vedené proti právnickej osobe. Nie všetky druhy právnických osôb by mohli podliehať trestnej zodpovednosti. Do úvahy prichádzajú iba právnické osoby, ktoré majú charakter korporácií- združenie fyzických alebo právnických osôb, či už ide o právnické osoby súkromného alebo verejného práva. Trestná zodpovednosť a s tým spojený postih možno uplatňovať aj voči právnickým osobám v likvidácii. Nepredpokladá sa však trestná zodpovednosť kolektívnych subjektov, ktoré nemajú právnu subjektivitu – tzv. faktických združenie osôb alebo spoločenstvo vo fáze formovania (existuje napríklad v Holandsku), pretože by to vytváralo interpretačné problémy a nebolo by to účinné. Výslovne by však mali byť vyňaté štát a jednotky územnej samosprávy (obce, vyššie samosprávne územné celky - kraje). Naproti tomu by sa mali uplatňovať trestnú zodpovednosť aj proti cudzozemským právnickým osobám podobne ako proti cudzím štátnym príslušníkom, aj keď vykonateľnosť niektorých sankcií voči nim môže byť problematická.

Problematika trestnoprávnej zodpovednosti právnických osôb patrí čoraz častejšie medzi diskutované otázky a aktuálne témy. Čo sa týka slovenskej legislatívy a slovenských právnych teoretikov, mohli by sme túto tému zaradiť medzi veľmi kontroverznú, kde sa názory rôznych autorov rozchádzajú. Slovenská republika nemá legislatívne upravenú trestnoprávnu zodpovednosť právnických osôb, s výnimkou úpravy nepravnej trestnej zodpovednosti právnických osôb, upravenú novelou č. [224/2010](#), ktorá menila a dopĺňala trestný zákon č. [300/2005](#). Keďže Slovenská republika nemá teda legislatívne upravenú pravú trestnú zodpovednosť právnických osôb, sú jednotlivé názory ovplyvnené z teoretického vnímania tohto inštitútu, pričom však podľa môjho názoru, na každý právny inštitút je treba nazerať aj z pohľadu potrieb

aplikačnej praxe. Zavedenie tohto inštitútu môžeme označiť za veľmi zásadnú, ba priam až revolučnú zmenu, akou by trestná zodpovednosť právnických osôb bez pochyb bola. Aj keď ide o tému vysoko aktuálnu, treba konštatovať, že ucelená vedecká štúdia na našom trhu absentuje a neprejavuje žiaden progres. V problematike trestnej zodpovednosti právnických osôb vystupujú do popredia viaceré témy, ktorým by som sa chcela venovať a na ktoré by som chcela vysloviť svoj vlastný názor.

Samotná skutočnosť a samotný fakt, že táto téma vyvoláva záujem o diskusiu, je vysoko pozitívna a prispieva k zvyšovaniu odbornej úrovne argumentov na zaujatie rôznych, často protichodných stanovísk. Trestná zodpovednosť právnických osôb umožní účinnejšie postih niektorých závažných konaní výslovne uvedených v osobitnej časti Trestného zákona (napr. činov vážne poškodzujú životné prostredie, spojených s organizovaným zločinom a pod). Nepredpokladá sa teda trestnú zodpovednosť právnických osôb za všetky trestné činy, ale len za trestné činy výslovne uvedené v osobitnej časti nového trestného zákona, ak taký trestný čin bol spáchaný pri jej činnosti. Nie všetky druhy právnických osôb by mohli alebo mali podliehať trestnej zodpovednosti. Do úvahy prichádzajú iba právnické osoby majúce charakter korporácií (združenie fyzických alebo právnických osôb), teda tie, ktoré majú personálne substrát, či už ide o právnické osoby súkromného alebo verejného práva. Trestná zodpovednosť a s tým spojený postih možno uplatňovať aj voči právnickým osobám v likvidácii. Nepredpokladá sa však trestná zodpovednosť kolektívnych subjektov, ktoré nemajú právnu subjektivitu – tzv. faktických združení osôb alebo spoločenstiev vo fáze formovania (existuje napríklad v Holandsku), pretože by to vytváralo interpretačné problémy a nebolo by to účinné. Výslovne by však mali byť vyňaté štát a jednotky územnej samosprávy (obce, vyššie samosprávne územné celky - kraje). Naproti tomu by sa mali uplatňovať trestnú zodpovednosť aj proti cudzozemským právnickým osobám podobne ako proti cudzím štátnym príslušníkom, aj keď vykonateľnosť niektorých sankcií voči nim môže byť problematická. Z hľadiska základných foriem a druhov konania - konania a opomenutie - sa v prípade právnických osôb nebude robiť rozdiel medzi omisívnym konaním pravým a nepravým, ako je to u osôb fyzických, pretože u právnických osôb možno dôvodne vychádzať z predpokladu, že na právnické osoby možno oprávnene klásť vyššie nároky ohľadom povahy porušených (nedodrжанých)

právných povinností. Inak vyjadrené, v prípade právnických osôb nie je potrebné rozlišovať porušenie alebo nesplnenie všeobecných a špeciálnych právnych povinností, pretože pre právnickú osobu v podstate vždy pôjde o povinnosť špeciálny, ktorej nesplnenie pri naplnení všetkých ďalších znakov konkrétneho v osobitnej časti Trestného zákona uvedeného trestného činu zaťaží právnickú osobu ako páchatel'a trestného činu. Právnická osoba bude zodpovedať za trestný čin len vtedy, ak zavinene neurobila nevyhnutné opatrenia na odvrátenie alebo odstránenie následkov uvedených u jednotlivých trestných činov v osobitnej časti Trestného zákona alebo také následky zavinene spôsobila. V rámci navrhovanej úpravy bude riešená teda aj subjektívna stránka z hľadiska jej rozsahu tak, že by mala zahŕňať možnosť právnickej osoby pri zachovaní riadnej starostlivosti následok odvrátiť alebo odstrániť, alebo pokrývať skutočnosť, že právnická osoba následok zavinene spôsobila.

"Návrh legislatívne zámeru kodifikácie súkromného práva, ktorá v súčasnosti prebieha, si kladie za cieľ zaviesť v rekodifikovaných civilných kódexoch všeobecnú úpravu právnických osôb, ktorá bude subsidiárne použiteľná pre všetky právnické osoby. Občiansky zákonník vytvorí všeobecný základ pre právnické osoby štylizovaný podľa toho, či ide o osobu nadačného alebo korporáčného typu. Navrhuje na koncepčnú zmenu spočívajúcu v tom, že konštrukcia priameho osobného konania v mene právnickej osoby sa nahradí novou konštrukciou zastúpenia právnickej osoby konajúcej v jej mene. "

"Ďalej ide o otázku, či koncipovať trestnú zodpovednosť právnických osôb všeobecne alebo priznať trestnú zodpovednosť iba určitému okruhu právnických osôb. Z právnej úpravy trestnej zodpovednosti, v krajinách kde už bola zavedená, vyplýva, že je neúčelné, aby štát trestal sám seba, vzhľadom nato, že on sám je tvorcom práva, čo však nevylučuje trestnú zodpovednosť subjektov verejnej správy a správy, ak vystupujú v občianskoprávných vzťahoch."

Problematika trestanie právnických osôb je veľmi široká a sama o seba by si zaslúžila podrobnejšie spracovanie. Obmedzený rozsah tohto príspevku núti len k niekoľkým všeobecným poznámkam. Základným problémom sankcionovanie právnických osôb je vymedzenie účelu sankcionovania. Účelom trestu je chrániť spoločnosť pred páchatel'mi trestných činov, zabrániť odsúdenému

v ďalšom páchaní trestnej činnosti a vychovať ho k tomu, aby viedol riadny život, a tým výchovne pôsobiť aj na ostatných členov spoločnosti. Takto vymedzený účel trestu možno pochopiteľne voči právnickým osobám vzťahovať len čiastočne, pretože ťažko môžeme hovoriť o tom, že sankciu právnických osôb je snaha vychovať ich k tomu, aby viedli riadny život. Samozrejme, že sankciu právnických osôb môže byť aj náprava právnickej osoby v tom zmysle, aby sa stala riadnym korporátnym subjektom. Ak hovoríme v všeobecnej rovine o účele sankcií právnických osôb, možno vychádzať z toho, že zásadne je kladený dôraz na ochranu spoločenských záujmov a súčasne je výrazne potlačená ich nápravného funkcie. Len na okraj možno uviesť, že vymedzenie účelu sankcionovanie právnických osôb bude pravdepodobne úlohou náuky, pretože nemožno očakávať, že by sa tejto úlohy ujala legislatívnej praxe, a to tým skôr, keď ani v poslednej publikovanej verzii nového trestného zákonníka z júna 2006 nenachádzame žiadne ustanovenie o vymedzení účelu trestu vo vzťahu k osobám fyzickým.

" Právna úprava iných štátov obsahuje širokú škálu trestnoprávných sankcií. Príkladom môže byť Francúzsko, kde obsahuje trestný zákonník celkovo 11 sankcií, ktoré je možné uložiť právnickej osobe, od najťažších, ktorým je rozpustenie (likvidácia) právnickej osoby, cez peňažnú sankciu (pokutu) vo výške päťnásobku peňažného trestu, ktorý môže byť uložený fyzickej osobe až po trochu zvláštne sankciu, ktorú je trvalý alebo dočasný (na dobu piatich rokov) zákaz držať zvieratá. Uloženie tej ktorej sankcie môže mať obmedzujúce podmienky vo vzťahu k určitej právnickej osobe. Podobne v Slovinsku podľa osobitného zákona o trestnej zodpovednosti právnických osôb z 8. 7. 1999 možno uložiť právnickej osobe tri tresty (peňažný trest, prepádnutie majetku, likvidácia právnickej osoby) a tri ochranné opatrenia (zhabanie vecí, zverejnenie rozsudku a zákaz obchodnej činnosti). Tretím príkladom relatívne prepracovaného systému sankcionovaniu právnickej osoby môže byť Maďarsko. Podľa maďarského zákona o trestnej zodpovednosti právnických osôb z roku 2001 možno právnickej osobe ako základnú sankciu uložiť peňažnú pokutu (minimálna hranica 500 000 forintov, maximálna hranica trojnásobok majetkové výhody získané alebo očakávané z trestnej činnosti), likvidácia právnickej osoby, obmedzenie aktivít právnickej osoby. Právnickej osobe je možné uložiť aj ochranné opatrenia - zabráni majetku. Systém sankcionovanie je

prepracovaný, pri každej sankcie existuje základná podmienka pre jej aplikáciu a ďalšie špeciálne podmienky. Sankcie obmedzenie aktivít právnickej osoby zahŕňa niekoľko čiastkových sankcií, napríklad zákaz zúčastňovať sa verejných zákaziek, zákaz udelenie koncesie na prevádzkovanie činnosti, zákaz byť príjemcom štátnej dotácie alebo iné formy financovania z fondov EÚ. "

Bez toho aby sme robili definitívne závery k otázke sankcionovanie právnických osôb, môžeme uzavrieť niekoľkými všeobecnými predbežnými poznámkami. Pri zavedení pravej trestnej zodpovednosti právnických osôb by mal byť systém sankcií dostatočne členitý, aby umožňoval súdu výber najvhodnejšej sankcie, prípadne kombináciu sankcií, ktoré by v efektívnej podobe naplňali účel sankcionovanie právnických osôb. Inšpiračným zdrojom a vhodným vodidlom môžu byť aj odporúčania obsiahnuté v tzv. rámcových rozhodnutiach ako dôležitom z medzinárodného inštrumentu. Medzinárodné dokumenty však spravidla vyžadujú len všeobecne aplikáciu "účinných, primeraných a odrádzajúcich sankcií", ktoré by postihli a zamedzili páchania kriminálnej činnosti právnických osôb. Za základný prostriedok k postihu právnických osôb možno považovať peňažnú sankciu - peňažnú pokutu v systéme pravej trestnej zodpovednosti. Napriek tomu zavedenie iba jediné sankcie - peňažné pokuty nepovažujeme za správne už preto, že peňažnú sankcií možno postihnúť právnické osoby taktiež podľa predpisov správneho práva, takže môže byť položená otázka, či trestnoprávne postih nie je len zbytočný krok, keď rovnakého účelu možno dosiahnuť administratívne správnymi prostriedkami. Ak pripustíme, že rokovania právnické osoby sleduje aj iné ako ekonomické ciele, potom uloženie majetkové sankcie nemusia viesť k splneniu účelu sankcionovanie právnických osôb. Preto by právna úprava sankcionovania mala umožniť aj postihnutie iných práv a slobôd.

Trestná zodpovednosť právnických osôb existuje najdlhšie v anglo-americkom práve (Británia a USA). V Európe sú jej priekopníkmi Holandsko a Francúzsko a postupne bola zavedená vo väčšine krajín EÚ. Na druhej strane napríklad v Nemecku patrí zodpovednosť právnických osôb pod správne právo, trestné zodpovednosť právnických osôb neexistuje ani na Slovensku. Už koncom 70. rokov sa v rade medzinárodných právnych, politických alebo vedeckých dokumentov objavuje požiadavka, aby štáty, ktoré svojim vnútroštátnym právom nesankcionujú právnickej osoby za ich porušenie najmä v oblasti najzávažnejších foriem

protispoločenského konania a umožnili medzinárodnú spoluprácu pri ich postihu v cezhraničných prípadoch. Dokumenty tohto druhu vznikajú najmä na pôde Organizácie Spojených národov a jej orgánov a organizácií, Rady Európy, Organizácia pre ekonomickú spoluprácu a rozvoj alebo Európskej únie, ale tiež na vedeckých fórach, napríklad na svetových kongresoch Medzinárodnej spoločnosti pre trestné právo (AIDP). Ako príklad možno uviesť rezolúciu XV. Medzinárodného kongresu trestného práva (Rio de Janeiro 1994), ktorá v sekcii I. odporúča sankcionovať právnickej osoby za trestné činy proti životnému prostrediu. Právna povaha týchto dokumentov je veľmi rozdielna. Mnoho z nich je záväzná a ukladá zmluvným štátom povinnosť zaviesť vnútroštátnym právom zodpovednosť právnických osôb a efektívne sankcie proti právnickým osobám, iné majú charakter odporúčaní, resp. nemajú vôbec právny charakter.

"Nato, aby sme pochopili správanie právnických osôb a to aj správania spočívajúce v protiprávnom konaní, zakladajúcom prípadnú trestnú zodpovednosť, je potrebné právnické osoby spoznať." Tak, ako človeka ovplyvňuje prostredie, v ktorom sa pohybuje, výchova a jeho povaha, tak právnickú osobu determinuje právne prostredie, v ktorom sa pohybuje, v ktorom vznikla, kde existuje, jej história a organizácia. Právna veda by sa mala vyvarovať definícií právnickej osoby prostredníctvom obvyčajného porovnávania jej vlastností s osobami fyzickými, nakoľko sú s nimi podobné len pri veľmi povrchnom popisovaní. V skutočnosti ide o dva veľmi odlišné subjekty.

Záverom si dovoľím vyjadriť myšlienku o zavedení zodpovednosti právnických osôb prípade spáchaného trestného činu. Nestačí len o tomto inštitúte len rozprávať a diskutovať, každý inštitút, hoci ako dobre myslený má štrbiny a tzv. chybičky krásy, ktoré sa vycibria časom a praxou. Treba veriť v tento inštitút. Uzákonenie by prinieslo časom očakávané výsledky a predišlo by sa tým k prípadným trestným činom spáchaných právnickou osobou. Netreba polemizovať o tom „PREČO“ túto zodpovednosť uzákoniť. Hlavné centrum pozornosti by sa malo sústrediť na otázku „AKO“. Jednoznačne vyjadrujem svoj pozitívny názor pre jeho zakotvenie v našom právnom poriadku. Treba dbať aj na dôkladné prepracovanie sankcií pre tieto druhy osôb, nakoľko súčasné sankcie stanovené pre fyzické osoby, by v niektorých prípadoch boli len veľmi ťažko realizovateľné na právnické osoby.

Vzhľadom na rastúci počet právnických osôb aj rastúce protispoločenské aktivity, je na mieste snaha zaviesť účinné, primerané a odstrašujúce sankcie, k čomu nás napokon zaväzujú aj medzinárodné dokumenty. Nevyhnutnou otázkou však je, či je trestná zodpovednosť právnických osôb naozaj jediným možným riešením.

Literature:

- Čechot. V. Segeš, I.: Trestnoprávna zodpovednosť právnických osôb? , Justičná revue, 53, 2001, č. 1, str. 21-26.
- Lazár, J., a kol. : Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva , Ministerstvo spravodlivosti SR, Bratislava 2008, str. 50-51, ISBN [978-80-89363-14-8](#).
- <http://www.mvcr.cz/clanek/trestni-odpovednost-pravnickych-osob-jako-predmet-zkoumani.aspx>
- Madliak. J., Právnická osoba- subjekt trestného činu v návrhu rekodifikovaného trestného zákona. Bulletin slovenskej advokácie, SAK, č.1, 2005, roč. IX, str.15, ISSN [1335-1079](#).
- Trestný zákon č. [300/2005](#) Zb.
- Trestný poriadok č. [301/2005](#) Z. z. - úplné novelizované znenie.

Contact – email

janka.schafferova@gmail.com

VLASTNICKÉ PRÁVO JAKO PROSTŘEDEK ZAPOJENÍ VEŘEJNOSTI DO ÚZEMNÍHO PLÁNOVÁNÍ

HANA ADAMOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity Brno

Abstract in original language

Přestože právní řád poskytuje veřejnosti řadu ryze veřejnoprávních institutů, jimiž se mohou ti, jež mají zájem, zapojit do správy věci veřejných, nelze současně přehlédnout ani význam některých soukromoprávních institutů, s jejichž pomocí je taktéž možno zapojit se do rozhodování o určitých otázkách náležících do sféry veřejné správy. Za takovýto institut je třeba považovat zejména právo vlastnické, jehož význam je dán již čl. 11 Listiny základních práv a svobod stanovícím mimo jiné podmínky jeho omezení, které je třeba při výkonu veřejné správy respektovat. Práva vlastníků nemovitostí tedy nemohou být přehlížena ani při rozhodování o způsobu organizace území a jeho rozvoje. V příspěvku jsou rozebrány možnosti, jimiž mohou dotčení vlastníci ovlivnit procesy týkající se územního plánování a výsledné územní uspořádání

Key words in original language

územní plánování, účast v procesech územního plánování, vlastnické právo, ochrana vlastnického práva

Abstract

The participation in the administration of public affairs is possible not only by the means of specific institutes of public law, but sometimes also through the protection of the basic private law institutes. Owners of immovables dispose in the procedures of town and county planning, that are without any doubt important parts of public administration, of the rights to affect the final result of these procedures. In the contribution should be discussed the conditions of participation of the affected owners and the ways, in which they could exert influence on the development of given area.

Key words

key words, town and county planning, ownership, participation in town and county planning, protection of ownership

Přestože právní řád poskytuje veřejnosti řadu ryze veřejnoprávních institutů, jimiž se mohou ti, jež mají zájem, zapojit do správy věci veřejných, nelze současně přehlédnout ani význam některých soukromoprávních institutů, s jejichž pomocí je taktéž možno zapojit se do rozhodování o určitých otázkách náležících do sféry veřejné správy. Za takovýto institut je třeba považovat zejména právo vlastnické. Význam vlastnického práva je dán již čl. 11 zákona č. 2/1993 Sb., Listiny základních práv a svobod, stanovícím mimo jiné podmínky jeho omezení, které je třeba při výkonu veřejné správy

respektovat. Vlastnické právo vlastníků staveb a pozemků tedy nemůže být přehlíženo ani při rozhodování o způsobu organizace území a jeho rozvoje. Včasné a důsledné prosazování zájmů vlastníků dotčených nemovitostí pak může být účinným prostředkem k ovlivnění rozvoje území. Jelikož je proces územního plánování procesem značně složitým zahrnujícím velké množství dílčích otázek, je záhodno předeslat, že v tomto příspěvku se budeme držet u ústředního tématu - vlastnického práva jako prostředku zapojení do územního plánování, aniž bychom se pouštěli do dalších, byť úzce souvisejících, problematik.

Stěžejním pro rozbor předestřené problematiky je zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (dále jen stavební zákon nebo též staveb. zák.), v němž jsou upraveny jednotlivé nástroje územního plánování. Vymezení pojmu územního plánování v něm ovšem nenajdeme, odbornou literaturou je územní plánování vymezována jako souhrn opatření vztahujících se k možnostem a mezím nakládání s územím, nebo též jako proces, jehož úkolem a účelem je ve veřejném zájmu komplexně a soustavně řešit funkční využití území, stanovit zásady jeho organizace a věcně a časově koordinovat činnost v území ovlivňující jeho rozvoj, zejména výstavbu za současného zachování či rozvíjení hodnot v území.¹ Územní plánování je třeba považovat za proces prováděný orgány veřejné správy s cílem dosáhnout obecně prospěšného souladu veřejných a soukromých zájmů na rozvoji území.² Samotný stavební zákon pak v § 18 odst. 1 uvádí, že územní plánování mělo by vytvářet předpoklady pro výstavbu a udržitelný rozvoj území, spočívající ve vyváženém vztahu podmínek pro příznivé životní prostředí, pro hospodářský rozvoj a pro soudržnost společenství obyvatel území a který uspokojuje potřeby současné generace, aniž by ohrožoval podmínky života generací budoucích, v dalších odstavcích je pak stanoven poměrně obšírný výčet celospolečenských zájmů, jež je v rámci územního plánování třeba chránit, aniž by zde byla výslovná zmínka o vlastnickém právu. Jak však ve svých rozhodnutích připomněl Nejvyšší správní soud,³ území je vždy prostorem skládajícím se z pozemků a na nich umístěných věcí, především staveb, a je tedy nasnadě, že územním plánováním tedy mohou být ve své sféře dotčeny osoby mající práva k nemovitostem dotčeným územním plánováním. Tato skutečnost se pak odráží i v úpravě vybraných institutů územního plánování.

¹ KLIKOVÁ A., HAVLAN P., VALACHOVÁ K., HAMPLOVÁ E.: Stavební právo. Praktická příručka. 2. přepracované vydání. Praha : Linde Praha, a. s., 2007. s. 11. Obdobně též

² PEKÁREK M. a kol: Pozemkové právo. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2010, s. 121.

³ srov. např. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 1 Ao 1/2009-120.

Stavební zákon zahrnuje mezi jednotlivé nástroje⁴ územně analytické podklady, politiku územního rozvoje, územně plánovací dokumentaci, do níž patří zásady územního rozvoje, územní plán, regulační plán, dále pak vymezení zastavěného území, územní opatření a územní rozhodnutí. V tomto směru je nutno podotknout, že územní rozhodnutí nebývá vždy řazeno mezi nástroje územního plánování,⁵ jinými autory bývá řazeno mezi nástroje územního plánování v širším slova smyslu.⁶ V tomto příspěvku se přidržíme širšího pojetí (vycházejícího ze systematiky části třetí stavebního zákona věnované územnímu plánování), abychom mohli komplexněji pojmout ústřední téma příspěvku – postavení vlastníků nemovitostí. Již z výčtu jednotlivých nástrojů je zřejmá mnohohrstevnost a komplikovanost procesu územního plánování. Na následujících řádcích se tedy v zájmu toho, abychom se mohli lépe zaměřit na ústřední téma tohoto příspěvku, tedy postavení vlastníků, budeme věnovat pouze několika vybraným nástrojům, jejichž úprava umožňuje vlastníkům nemovitostí výraznějším způsobem ovlivnit výsledné uspořádání v území.

Zásady územního rozvoje

Zásady územního rozvoje, coby nástroj navazující na celostátně zpracovávanou politiku územního rozvoje⁷, představují první fázi územního plánování, v nichž se mohou dotčené osoby domáhat ochrany svých práv.⁸ V souladu s § 36 stavebního zákona stanoví zásady územního rozvoje základní požadavky na účelné a hospodárné uspořádání kraje. Zásady územního rozvoje jsou schvalovány zastupitelstvem kraje ve formě opatření obecné povahy, každý může k jejich návrhu uplatnit své připomínky, ovšem námitky proti návrhu zásad, o nichž musí být řádně rozhodnuto, jsou v souladu s § 39 stavebního zákona oprávněny podat pouze obce v řešeném území a obce sousedící a zástupce veřejnosti. Zatímco tedy stavební zákon v tomto případě na vlastníky nemovitostí výslovně nepamatuje, nelze pominout obecné vymezení subjektů, jež se v souladu s § 101a zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen s. ř. s.), mohou domáhat přezkumu opatření obecné povahy u Nejvyššího správního soudu. V souladu s tímto ustanovením je návrh na zrušení opatření obecné povahy

⁴ k výčtu jednotlivých nástrojů srov. více PEKÁREK M. a kol: Pozemkové právo. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2010, s. 127.

⁵ PLOS J.: Nový stavební zákon s komentářem. Praha : Grada, 2007, s. 43. nebo KLIKOVÁ A., HAVLAN P., VALACHOVÁ K., HAMPLOVÁ E.: Stavební právo. Praktická příručka. 2. přepracované vydání. Praha : Linde Praha, a. s., 2007. s. 20 a násl.

⁶ MAREK K., PRŮCHA P.: České stavební právo v evropském kontextu. Brno : Masarykova univerzita. 2009, s. 47.

⁷ k závěru, že politika územního rozvoje není opatřením obecné povahy, a není ji tak možno podrobit z podnětu vlastníků dotčených pozemků soudnímu přezkumu srov. např. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2011, č. j. 4 Ao 6/2010 – 37.

⁸ srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 1. 2011, sp. zn. 7 Ao 7/2010.

nebo jeho částí oprávněn podat ten, kdo tvrdí, že byl na svých právech opatřením obecné povahy, vydaným správním orgánem, zkrácen. Jak ve svém rozsudku ze dne 27. 1. 2011, sp. zn. 7 Ao 7/2010, připomněl Nejvyšší správní soud, těmito na právech zkrácenými osobami mohou být v případě zásad územního rozvoje právě vlastníci pozemků nebo jiných nemovitostí, popřípadě oprávnění z věcných práv k těmto nemovitostem. Nejvyšší soud připomněl, že s ohledem na závaznost tohoto dokumentu pro další fáze územního plánování, nelze v této fázi územního plánování rezignovat na ochranu subjektivních veřejných práv dotčených osob a je tedy přezkoumat je podle zásad přezkum opatření obecné povahy⁹ (k rozsahu soudního přezkumu opatření obecné povahy viz výklad v oddílu týkajícím se územního plánu. Lze tedy uzavřít, že první (z hlediska návazností jednotlivých územně plánovacích dokumentů) možnost, jak se vlastníci dotčených nemovitostí mohou ovlivnit výsledná uspořádání v území, je podání návrhu na zrušení zásad územního rozvoje jako opatření obecné povahy.

Územní plán

Územní plán, vydávaný opět ve formě opatření obecné povahy, stanoví základní koncepci rozvoje území obce, ochrany jeho hodnot, jeho plošného a prostorového uspořádání, uspořádání krajiny a koncepci veřejné infrastruktury (více srov. § 43 stavebního zákona). S možností vlastníků nemovitostí ovlivnit podobu územního plánu v tomto případě počítá přímo stavební zákon, jenž v ustanovení § 52 odst. 2 umožňuje vlastníkům pozemků a staveb dotčených návrhem veřejně prospěšných staveb, veřejně prospěšných opatření a zastavitelných ploch podat námitky proti návrhu územního plánu. O těchto námitkách musí být při pořizování územního plánu zastupitelstvem rozhodnuto (rozhodnutí o námitkách je součástí odůvodnění opatření obecné povahy) v případě, že dojde ke změně nebo zrušení rozhodnutí o námitkách je pak obec povinna uvést územní plán do souladu s tímto rozhodnutím (srov. § 54 odst. 4 stavebního zákona). Přestože rozhodnutí o námitkách v souladu s obecnou úpravou opatření obecné povahy obsaženou v § 172 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu (dále jen s. ř.), není možné napadnout odvoláním či rozkladem, je literaturou připuštěna možnost podrobit je přezkumnému řízení¹⁰ a Nejvyšším správním soudem je akceptována i možnost jejich soudního přezkumu.¹¹ Právo podávat námitky a domáhat se jejich soudního přezkumu sice v souladu s § 52 stavebního zákona přísluší i zástupci veřejnosti, jelikož

⁹ k promítnutí těchto zásad do přezkumu zásad územního rozvoje srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 2. 2011, č. j. 6 Ao 6/2010 – 103.

¹⁰ HEGENBART M., SAKAŘ B. a kol.: Stavební zákon Komentář, Praha : C. H. Beck, 2008, s. 112.

¹¹ srov. např. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2010, sp. zn. 2 Ao 5/2010.

však zástupce veřejnosti však není nositelem hmotných práv, je v rámci soudního přezkumu – na rozdíl od vlastníků nemovitostí – omezen na tvrzení ohledně krácení svých procesních práv (srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu citované v poznámce). Vlastníkům pozemků a staveb dotčených návrhem veřejně prospěšných staveb, veřejně prospěšných opatření a zastavitelných ploch pak přísluší privilegované postavení, jak zdůraznil Nejvyšší správní soud,¹² nelze uvedené ustanovení stavebního zákona vykládat tak, že by tito vlastníci mohli podávat námitky proti návrhu územního plánu jen v části, v jaké se týká jejich nemovitostí, ale veškeré výhrady uplatněné proti územnímu plánu a procesu jeho pořizování je třeba považovat za námitky, a je tedy třeba se s nimi odpovídajícím způsobem vypořádat.

Podávání námitek však není jediným institutem, jímž vlastníci nemovitostí mohou ovlivnit výslednou podobu územního plánu. Jelikož územní plán – stejně jako zásady územního rozvoje – jsou schvalovány ve formě opatření obecné povahy, bude i v tomto případě přicházet v úvahu, aby se v souladu s § 101a s. ř. s. domáhal jeho přezkumu Nejvyšším správním soudem ten, kdo tvrdí, že byl na svých právech opatření obecné povahy zkrácen. Aktivně legitimována k návrhu na přezkum opatření obecné povahy je osoba, jež tvrdí, že byla jeho vydáním na svých právech, zkrácena; postačí přitom pouhé konsekventně tvrzené a myslitelné dotčení na subjektivních hmotných právech navrhovatele, jimiž může být především vlastnická práva, popřípadě jiná věcná práva, k nemovitostem dotčeným územním plánem.¹³ Okruh aktivně legitimovaných osob k podání tohoto návrhu bude tedy podstatně širší okruh osob oprávněných vznést námitky proti návrhu územního plánu.¹⁴ Jde-li o námitku, o níž bylo rozhodnuto při vydání zásad územního rozvoje, nelze k ní přihlížet (srov. § 52 odst. 4 stavebního zákona). Judikatura rovněž dovodila, že územním plánem mohou být dotčeni, a tudíž i aktivně legitimováni k podání návrhu na jeho přezkum, i vlastníci pozemků sousedících s územím, jež je předmětem daného územního plánu, zejména tehdy, jde-li o vlastníka sousedního pozemku, jenž by mohl být určitou aktivitou, jejíž vlivy se významně projeví i na jeho pozemku (např. exhalacemi, hlukem, zápachem apod.) nebo které provedou k významnému snížení hodnoty jeho majetku.¹⁵ Rozsah přezkumu opatření obecné povahy je pak dán ustanovením § 101d s. ř. s., dle něž soud posuzuje soulad opatření obecné povahy se zákonem, a to, zda ten, kdo je vydal, postupoval v mezích své působnosti a pravomoci a zda opatření

¹² rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 9. 2009, č. j. 1 Ao 1/2009-185.

¹³ usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 1 Ao 1/2009-120.

¹⁴ srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 11. 2011, č. j. 1 Ao 2/2010-185.

¹⁵ srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 12. 2010, č. j. 1 Ao 6/2010-130, a zde odkazované usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2000, č. j. 1 Ao 1/2009.

obecné povahy bylo vydáno zákonem stanoveným způsobem, aniž by byl soud vázán právními důvody návrhu. Nejvyšším správní soud pak toto ustanovení převtělil do pětibodového algoritmu, dle něž postupuje při přezkumu opatření obecné povahy¹⁶ - nejprve je zkoumána pravomoc správního orgánu vydat opatření obecní povahy, dále, zda správní orgán při vydávání opatření obecné povahy nepřekročil meze zákonem vymezené působnosti, zda opatření bylo vydáno zákonem stanoveným způsobem, zda obsah opatření obecné povahy není v rozporu se zákonem (včetně posouzení nedošlo-li ze strany správního orgánu ke zneužití zákonem svěřené pravomoci a působnosti) a jako poslední je zkoumán obsah opatření obecné povahy z hlediska jeho proporcionality, a to jednak z hlediska obecné přiměřenosti právní regulace (proporcionalita v širším smyslu), jednak z hlediska, zda je následek napadaného opatření úměrný sledovanému cíli (proporcionalita v užším slova smyslu). Právě v tomto bodě se vlastnické právo stává nejen východiskem pro aktivní legitimaci k podání návrhu na přezkum opatření obecné povahy, ale i hodnotou, jíž je třeba poměřovat vhodnost regulace území obsažené v územním plánu. Nejvyšší správní soud ve svém opakovaně citovaném rozsudku ze dne 21. 7. 2009, č. j. 1 Ao 1/2009-120, vyslovil, že je potřeba, aby ve své podstatě nepřímý zásah do vlastnického práva, jímž je územní plán, byl prováděn pouze z ústavně legitimních důvodů, v nezbytně nutné míře a nešetrnějším způsobem vedoucím ještě k zamýšlenému cíli, nediskriminačním způsobem, s vyloučením libovůle a byl činěn na základě zákona. Ačkoliv je třeba akceptovat, že územní plán může pro vlastníky nemovitostí představovat omezení jejich práv, jež jsou povinni strpět, jde-li o zásah přesahující míru, jež lze po vlastníku spravedlivě požadovat, bude na místě zvažovat kompenzaci za toto omezení, jíž se však bude třeba zabývat mimo územní plán. Ve všech případech je ovšem třeba respektovat výše uvedené požadavky na zásah do vlastnického práva, shledá-li soud v rámci přezkumu proporcionality územního plánu, že některý z nich není naplněn, je to důvod ke zrušení územního plánu¹⁷. Při posouzení přiměřenosti přijatého opatření obecné povahy pak, jak rovněž připomněl Nejvyšší správní soud¹⁸, hrají opět roli podané námitky a připomínky. Pokud účastník brojící proti neproporčním důsledkům plynoucím z opatření obecné povahy mohl při přiměřené péči o svá práva podat věcné námitky či připomínky proti správnosti připravovaného řešení a bez objektivních důvodů tak neučinil, nemůže Nejvyšší správní soud bez závažných důvodů porušit právní jistotu dalších účastníků, jež svá práva hájili již při přípravě územního plánu a nyní jej plně respektují, neboť by jinak v řízení o vydání územního plánu aktivnější účastníci byli v horším postavení, než ti co svá práva nehájili. Ve

¹⁶ srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 9. 2005, č. j. 1 Ao 1/2005-98.

¹⁷ podobně srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 2. 2011, č. j. 1 Ao 7/2010-92.

¹⁸ usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 1 Ao 2/2010-116.

svém dalším rozhodnutí¹⁹ pak Nejvyšší správní soud doplnil, že za závažné důvody, pro něž lze odhlédnout od procesní pasivity navrhovatelů při přípravě územního plánu, je třeba považovat porušení procesních a hmotněprávních norem chránících zásadní veřejné zájmy. Lze tedy shrnout, že vlastnické právo k nemovitostem v územím řešeném územním plánem (v některých případech i k nemovitostem s tímto územím sousedícím), může zakládat nejen právo podávat námitky k návrhu územního plánu, jde-li o nemovitosti dotčené zákonem specifikovanými záměry, ale i právo domáhat se soudního přezkumu územního plánu a právo na to, aby byly respektovány určité podmínky, za nichž lze územním plánem omezit vlastnické právo. V zájmu dosažení co nejúplnější ochrany vlastnického práva je však třeba, aby dotčení vlastníci včasně hájili svá práva a využívali procesních institutů, jež jsou jim k dispozici.

Zastavěné území

Určitému okruhu vlastníků nemovitostí, byť tentokrát poněkud úžeji určenému, je umožněno zapojit se i do řízení o vydání opatření obecné povahy vymezujícímu v souladu s § 59 stavebního zákona zastavěné území v obcích, v nichž není vydán územní plán. Námitky proti návrhu tohoto opatření obecné povahy mohou podávat pouze vlastníci pozemků náležícím dle výčtu v § 58 odst. 2 do zastavěného území a vlastníci sousedních pozemků. Jelikož tedy půjde opět o opatření obecné povahy, uplatní se i v tomto případě výše uvedená úprava přezkumu opatření obecné povahy podle § 101d správního řádu, na niž lze pro stručnost odkázat.

Regulační plán

Vlastníci nejsou opomínáni ani při vydávání dalšího z opatření obecné povahy upravující rozvoj území – regulačního plánu. Regulační plán má v souladu s § 61 stavebního zákona stanovit podrobní podmínky pro využití pozemků, pro umístění a prostorové uspořádání staveb, pro ochranu hodnot a charakteru území, a pro vytváření příznivého životního prostředí. Regulační plán vždy stanoví podmínky pro vymezení a využití pozemků, pro umístění a prostorové uspořádání staveb veřejné infrastruktury a vymezení veřejně prospěšné stavby nebo veřejně prospěšná opatření. V řešené ploše pak nahrazuje ve schváleném rozsahu územní rozhodnutí a je závazný pro rozhodování v území. Regulační plán kraje je dále závazný pro územní a regulační plány vydávané obcemi. Je tedy zjevné, že regulační plán bude zásadním způsobem ovlivňovat postavení vlastníků nemovitostí v jím řešeném území. Stavební zákon odkazem na úpravu účastníků územního řízení umožňuje, aby k jeho návrhu podali námitky mimo jiné vlastníci pozemků nebo stavby, na kterých má být požadovaný záměr uskutečněn, případně ti, jež mají jiné věcné právo k dané stavbě či pozemku

¹⁹ rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 1. 2011, č. j. 1 Ao 2/2010-185.

a dále osoby, jejichž vlastnické nebo jiné věcné právo k sousedícím stavbám nebo pozemku a společenství vlastníků jednotek podle zákona č. 72/1994 Sb. (v případě že společenství nemá právní subjektivitu, pak je námitky oprávněn podat vlastník, jehož spoluvlastnický podíl činí více než jednu polovinu). Jde-li se však o námitku (stejně jako o připomínku, jíž může vznést každý), o níž bylo rozhodnuto v zásadách územního rozvoje nebo v územním plánu, pak k ní nebude přihlédnuto (srov. § 67 odst. 4 stavebního zákona). O námitkách musí být opět rozhodnuto při vydání regulačního plánu rozhodnuto a je tedy nasnadě, že vlastníkům, jež je vznesli, bude příslušet právo domáhat se jejich soudního přezkumu. Procesní forma opatření obecné povahy pak umožňuje opět osobám, jež se jím cítí zkráceni se svých právech, domáhat se jeho přezkumu dle 101a a násl. s. ř. s. (k přezkumu opatření obecní povahy srov. viz výše).

Územní rozhodnutí

Významným, a to nejen z hlediska výsledné organizace území, ale i z pohledu vlastníků pozemků, institutem územního plánování je i územního rozhodnutí vydávané na základě územního řízení nebo zjednodušeného územního rozhodnutí (srov. § 84 stavebního zákona). Územní rozhodnutí, popřípadě jeho zjednodušená forma – územní souhlas, je nástrojem, jímž je v případě, že pro dané území není vydán regulační plán, rozhodováno o umístování staveb nebo zařízení, jejich změnách či o změně jejich vlivu na využití území, změně využití území a ochraně důležitých zájmů v území (srov. § 76 stavebního zákona). Jelikož v tomto případě půjde již o zcela konkrétní záměr, stanoví zákon tomu odpovídající výčet účastníků územního řízení, mezi něž řadí mimo jiné vlastníka pozemků nebo stavby, na nichž má být požadovaný záměr uskutečněn, případně toho, jenž má jiné věcné právo k tomuto pozemku nebo stavbě, dále osoby jejichž vlastnické nebo jiné věcné právo k sousedním stavbám nebo pozemkům může být územním rozhodnutím přímo dotčeno, a dále i společenství vlastníků jednotek ve smyslu zákona č. 72/1994 Sb. (nemá-li společenství vlastní právní subjektivitu, je účastníkem řízení spoluvlastník, jehož podíl na společných částech domu činí víc než jednu polovinu). Těmto osobám pak v souladu s § 89 odst. 4 stavebního zákona přísluší uplatňovat - nejpozději ovšem při veřejném projednání (srov. § 89 odst. 1 cit. zák.) - námitky proti projednávanému záměru v rozsahu, v jakém je jejich právo přímo dotčeno. V souladu s § 89 odst. 5 a § 92 stavebního zákona pak o této námitce musí být stavebním úřadem v rámci územního rozhodnutí rozhodnuto na základě obecných požadavků na výstavbu a na využití území, na základě závazných stanovisek dotčených orgánů nebo technických norem, pokud tato námitka nepřesahuje rozsah jeho působnosti. V případě, že jde o námitku občanskoprávní povahy, učiní si o ní stavební úřad úsudek a rozhodne ve věci, nejde-li o námitku týkající se existence práva nebo rozsahu vlastnického práva. Podání námitek je tedy stěžejní možností, jak se ovlivnit – i v rámci následného přezkumu rozhodnutí v soudním řízení – výsledek územního řízení. V tomto směru je nutné připomenout, že judikaturou

Ústavního i Nejvyššího správního soudu²⁰ je pojem „soused“ vykládán tak, že nejde pouze o osoby tzv. mezující, tedy vlastníky nemovitostí, jež spolu bezprostředně souvisejí, ale o všechny vlastníky nemovitostí, jež by mohli být daným záměrem přímo dotčeni na svém vlastnickém (příp. jiném) právu. Na vlastníku nemovitosti, jež se bude domáhat postavení účastníka územního řízení, tak bude, aby tvrdil jak skutečnosti, jež zakládají jeho postavení účastníka řízení, a dále věcné výhrady proti navrhovanému záměru a na stavebním úřadu bude naopak, aby vyhodnotil, zda v podání předestřená tvrzení zakládají účastenství určité osoby v územním řízení, a dojde-li v tomto směru ke kladnému závěr, tak aby poté o podaných námitkách věcně rozhodl.²¹ Za přímé dotčení je přitom v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu považovat především dotčení stíněním, prachem, hlukem, prachem, pachem zápachem, vibracemi, světlem tedy různé imise, tak jak jsou vymezovány ustanovením § 127 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku.²² Uvedené ustanovení občanského zákoníku poskytující ochranu vlastníkům před rušivými vlivy šířícími se ze sousedních nemovitostí a zapovídající obtěžování jiného nad míru přiměřenou pak představuje i hmotněprávní ochranu sousedících vlastníků v územním řízení. Judikatur Nejvyššího správního soudu²³ (a s ní korespondující judikatura Nejvyššího soudu²⁴) je založena na závěru, že na rozdíl od občanskoprávních námitek týkající se existence a rozsahu vlastnického práva), je stavební úřad oprávněn posoudit námitku budoucích imisí a autoritativně o ní rozhodnout. Bude tedy na sousedících vlastnících, aby včasným tvrzením rozhodných skutečností ohledně možnosti zásahu do jejich vlastnických práv ovlivnili výsledek územního řízení, mohou-li být dotčeni výsledným rozhodnutím.

Územní opatření o stavební uzávěře a asanaci území

Vymezenému okruh vlastníků nemovitostí je dána možnost ovlivnit i výslednou podobu posledního z nástrojů územního plánování začleněného do části třetí stavebního zákona – územního opatření o stavební uzávěře a

²⁰ srov. např. nález Ústavního soudu ze dne 7. 4. 2005, sp. zn. III. ÚS 609/04, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2009, č. j. 8 As 38/2008-76, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 4. 2008, č. j. 1 As 16/2008-48.

²¹ srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 12. 2008, č. j. 1 As 80/2008-68.

²² rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 12. 2010, č. j. 1 As 61/2010-98.

²³ rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 12. 2008, č. j. 1 As 80/2008-68, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2010, č. j. 7 As 13/2010-145, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 6. 2010, č. j. 5 As 86/2009-77, z judikatury týkající se sporů podle starého stavebního zákona, jejíž použitelnost na ve věcech posuzovaných podle nového stavebního zákona byla konstatována např. v prve citovaném rozhodnutí, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 11. 2010, č. j. 1 As 82/2010-74.

²⁴ srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19.2. 2002, sp. zn. 22 Cdo 1902/2001, nebo rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 8. 2010, sp. zn. 22 Cdo 3125/2008.

územního opatření o asanaci území. Obě tyto opatření, upravené v § 97 a násl. stavebního zákona, se vydávají formou opatření obecné povahy. Opatření o stavební uzávěře omezuje nebo zakazuje v nezbytném rozsahu stavební činnost ve vymezeném území, pokud by mohla ztížit či znemožnit jeho budoucí využití podle připravované územně plánovací dokumentace, bylo-li schváleno její zadání, nebo podle jiného rozhodnutí či opatření v území upravující jeho využití. Třebaže v úpravě týkající se vydání opatření o stavební uzávěře není výslovně zmíněno postavení dotčených vlastníků nemovitostí, z odkazu v § 98 odst. 3 stavebního zákona upravujícím okruh osob oprávněných podávat námítky proti návrhu územního opatření na ustanovení § 172 odst. 5 s. ř. vyplývá, že námítky proti opatření o stavební uzávěře budou moci podávat vlastníci nemovitostí, jejichž práva, povinnosti nebo zájmy související s výkonem vlastnického práva mohou být opatřením obecné povahy přímo dotčeny, nebo, určí-li tak správní orgán, i jiné osoby, jejichž oprávněné zájmy mohou být opatřením obecné povahy přímo dotčeny. I v tomto případě bude přicházet i výše rozebraná možnost soudního přezkumu opatření obecné povahy. Opatření o asanaci se vydává na území postiženém živelnou pohromou nebo závažnou havárií, v jejímž důsledku došlo k podstatnému zásahu do využití území, a je nezbytné stanovit podmínky pro odstranění dopadů živelné pohromy nebo havárie a pro další využití, opatření o asanaci může být rovněž vydáno pro zastavěné území, ve kterém jsou závadné stavby, z důvodů hygienických, bezpečnostních, požárních, provozních a ochrany životního prostředí, u nichž je ve veřejném zájmu nutné nařídit odstranění závad staveb a úpravy staveb a nařídit asanaci území. Toto opatření se v souladu s § 100 vydává na základě průzkumu dotčeného území a hodnocení stavu staveb a pozemků z hlediska ohrožení života nebo zdraví osob nebo z hlediska požadavků na využití území v důsledku odstraňování pohromy nebo havárie. Z tohoto lze usuzovat, že přestože by s ohledem na subsidiární použití správního řádu v řízeních podle stavebního zákona (vyplývajícím z § 192 stavebního zákona), bylo opět možno zvažovat použití obecné úpravy opatření obecné povahy ve správním řádu a okruhu osob, oprávněných podávat námítky proti opatření obecné povahy, specifická tohoto opatření řešících akutní a veřejné zájmy ohrožující situaci, jež se tudíž vydává na základě průzkumu území a nikoliv na základě déle trvajícího řízení, bude mít za následek, že ani dotčení vlastníci nebudou moc proti němu podávat námítky. Prostor jim pak bude dán až v případě návrhu nové územní plánovací dokumentace, jejíž účinností opatření o asanaci účinnosti pozbývá. Patrně nic však nebude bránit tomu, aby i toto opatření bylo podrobeno soudnímu přezkumu dle § 101d s. ř. s.

Závěr

Z předestřené přehledu je zřejmé, že vlastnické právo hraje roli při řízeních, v nichž je schvalována většina nástrojů územního plánování. Vlastnické právo je přitom institut umožňující jak účast v příslušných řízeních, tak v řadě případů institut zakládající v řadě případů možnost

domáhat se soudního přezkumu schváleného rozhodnutí či opatření. Je rovněž významnou hodnotou pro posouzení, zda má být konkrétní záměr realizován, neboť musí být respektovány základní ústavní a potažmo i občanskoprávní kautely stanovící míru možných zásahů do vlastnického práva. Bude záležet na okolnostech, zdali v daném případě bude ochrana poskytovaná vlastnickému právu současně i ochranou zájmů širšího okruhu subjektů. Nelze přehlédnout, že postavení vlastníka je v mnoho ohledech silnější, než subjektu, jemuž zákon umožňuje hájit v daném řízení veřejné zájmy, ať už jde o veřejného zmocněnce v případě zásad územního rozvoje, územního plánu či opatření o stavební uzávěře, nebo o občanské sdružení v územním řízení. V případě těchto osob je soudní přezkum omezován pouze na tvrzená porušení procesních práv,²⁵ jelikož jim nesvědčí žádná práva hmotná, vlastníci oproti tomu mohou tvrdit i zásah do svého postavení založené hmotněprávními normami, a mohou se tak ve větším rozsahu domoci soudní ochrany. Přestože tedy soukromoprávní instituty nejsou obvykle považovány za způsob ovlivňování rozhodnutí činěných veřejnou správou, nelze jim v souvislosti s územním plánováním upřít vliv na výslednou podobu územního uspořádání.

Literature:

- PLOS J.: Nový stavební zákon s komentářem. Praha : Grada, 2007, s. 672.
- KLIKOVÁ A., HAVLAN P., VALACHOVÁ K., HAMPLOVÁ E.: Stavební právo. Praktická příručka. 2. přepracované vydání. Praha : Linde Praha, a. s., 2007, s. 228.
- MAREK K., PRŮCHA P.: České stavební právo v evropském kontextu. Brno : Masarykova univerzita. 2009, s. 451.
- PEKÁREK M. a kol: Pozemkové právo. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2010, s. 334.
- HEGENBART M., SAKAŘ B. a kol.: Stavební zákon Komentář, Praha : C. H. Beck, 2008, s. 490.

Contact – email

135250@mail.muni.cz

²⁵ srov. např. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2010, č. j. 2 A o 5/2010-24, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 3. 2011, č. j. 1 As 7/2011-58, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 12. 2010, č. j. 1 As 61/2010-98.

NĚKOLIK POZNÁMEK K INSTITUTU ZÁSTUPCE VEŘEJNOSTI

JÁN BAHÝL

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Key words in original language

Zástupce veřejnosti, Stavební zákon, Správní řád.

Key words

Representative of the public, Building act, Administrative procedure code.

Úvod

Územní plánování jako jeden z nejvýznamnějších procesů, kterými orgány veřejné správy ovlivňují budoucí podobu spravovaného území, si bezesporu zaslouží zvýšenou pozornost ze strany veřejnosti. Stavební zákon, schválený Parlamentem České republiky v roce 2006 pod číslem 183/2006 Sb., účinný od 1. 1. 2007 (dále jen "stavební zákon"), přinesl do českého právního řádu rozšíření možnosti účasti veřejnosti v procesu pořizování územně plánovací dokumentace¹ o institut zástupce veřejnosti. Následující příspěvek obsahuje několik poznámek k tomuto institutu a jeho dosavadnímu fungování.

CÍLE A ÚKOLY ÚZEMNÍHO PLÁNOVÁNÍ

Stavební zákon podrobně popisuje cíle a úkoly územního plánování v ustanoveních § 18 a § 19. Mezi základní cíle stavební zákon řadí vytváření vyváženého vztahu podmínek pro příznivé životní prostředí a podmínek pro hospodářský udržitelný rozvoj území.² Úkoly územního plánování, jejichž prostřednictvím lze uvedených cílů dosáhnout, je mnoho a proto ani výčet obsažený ve stavebním zákoně nemůže být taxativní. Ze zde uvedeného demonstrativního výčtu lze ve vztahu ke zkoumané problematice institutu zástupce veřejnosti vypíchnout zejména úkoly prověřování a posuzování změn v území, veřejného zájmu na jejich provedení a jejich přínosů a rizik, jakož i stanovení pořadí provádění změn v území (etapizaci). Zde všude jakož i v rámci dalších úkolů lze bezesporu shledat nezbytnou účast dotčené veřejnosti na procesu pořizování územně plánovací dokumentace.

STAVEBNÍ ZÁKON A SPRÁVNÍ ŘÁD

¹ Stavební zákon územně plánovací dokumentací rozumí 1. Zásady územního rozvoje, 2. Územní plán a 3. Regulační plán.

² V podstatě se jedná o principy trvale udržitelného rozvoje - sustainable development.

Institut zástupce veřejnosti, začleněný do stavebního zákona, měl dle důvodové správy, se níž byl vládou České republiky do parlamentu předložen, přinést rozšíření dosavadních možností účasti veřejnosti na územním plánování. Zavedení institutu zástupce veřejnosti bylo patrně inspirováno zákonnou úpravou institutu společného zmocněnce a společného zástupce, jež jsou oba zakotveny v zákoně č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád"). Správní řád úpravou společného zmocněnce a společného zástupce³ směřuje ke zvýšení efektivnosti výkonu veřejné správy v řízeních, v nichž mohou být dotčeny velké skupiny osob. Pomocí uvedených institutů správní řád umožňuje správním orgánům vydávat správní akty v přiměřené lhůtě⁴ a zároveň dbát oprávněných zájmů účastníků řízení. Je nezbytné poznamenat, že díky správnímu řádu, jenž pouze o rok účinností předstihl stavební zákon, byla v českém právním řádu pevně zakotvena forma "smíšených" správních aktů - tzv. opatření obecné povahy⁵. Právě v této formě správního aktu je územně plánovací dokumentace vydávána. V řízeních podle stavebního zákona se všude tam, kde tento zákon nestanoví jinak, použijí postupy a řízení podle obecného předpisu správního řízení - správního řádu, platí zde tedy jeho subsidiární aplikace.

SPOLEČNÝ ZMOCNĚNĚC A SPOLEČNÝ ZÁSTUPCE

Mezi společným zmocněncem a společným zástupcem není rozdíl v jejich oprávnění vystupovat před správním orgánem. Rozdíl mezi oběma instituty je toliko v tom, že společného zmocněnce si účastníci správního řízení k zastupování zvolí sami, kdežto v případě, že si jej nezvolí a správní orgán uzná společné zastoupení účastníků uplatňujících v řízení shodný zájem za vhodné, ustanoví těmto účastníkům společného zástupce usnesením. Jedná se tedy v obou případech o zastoupení, ať již na základě zmocnění ze strany účastníků řízení nebo ustanovení z moci úřední (ex officio). Správní řád neomezuje počet společných zmocněnců či zástupců účastníků. Zároveň však správní řád dává přednost zvolenému zmocněnci, tedy projevené vůli účastníků řízení, neboť pověření společného zástupce zaniká, když zastoupení účastníci správnímu orgánu oznámí, že si zvolili společného zmocněnce⁶. Ke zvolení společného zmocněnce účastníky řízení, kteří mají v řízení shodný zájem, dochází na základě zplnomocnění společného zmocněnce. Z formálního hlediska lze plnou moc zmocněnci udělit

³ Správní řád upravuje oba instituty v ustanovení § 35.

⁴ Viz důvodová správa k návrhu zákona - správního řádu, sněmovní tisk 201, Poslanecká sněmovna, 4. volební období.

⁵ Ještě předtím byla opatření obecné povahy do českého právního řádu zavedena zákonem č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, s účinností od 1. 4. 2005. Správní řád však představuje především obecnou procesní úpravu přijímání těchto druhů správních aktů.

⁶ Správní řád, § 35 odst. 2 poslední věta.

individuálně od každého zastoupeného, případně jej lze zmocnit společnou plnou mocí. Správní řád neomezuje volbu společného zmocněnce na okruh účastníků řízení ani na okruh fyzických osob. Lze tedy zmocnit jako společného zmocněnce i právnickou osobu, osobu oprávněnou k poskytování právních služeb podle zákona o advokacii či jinou osobu. Rovněž okruh osob, jež mohou být ustanoveny společným zástupcem, není ve správním řádu omezen. Správní orgán by však při ustanovování společného zástupce měl postupovat obezřetně a měl by ustanovit vždy pouze osobu, která s ustanovením souhlasí, jejíž zájmy nejsou v rozporu se zájmy zastoupených a u níž lze předpokládat, že jako společný zástupce bude dostatečně erudovaná, aby mohla dbát práv zastoupených⁷.

Oprávnění a povinnosti společného zmocněnce i zástupce se řídí obdobně úpravou zastoupení na základě zákona či plné moci u jednotlivých účastníků správního řízení. Zásadně tak správní orgán např. doručuje písemnosti pouze společnému zmocněnci či zástupci a nikoli všem zastoupeným, jejichž jménem společný zmocněnec či zástupce ve správním řízení vystupuje. Využití institutů společného zmocněnce či zástupce není ve stavebním zákoně omezeno a lze předpokládat, že zejména při pořizování územních a regulačních plánů se mohou tyto instituty uplatnit vedle institutu zástupce veřejnosti⁸. Podání společného zmocněnce či zástupce ve věci samé pak bude nezbytné ze strany správního orgánu posoudit podle toho, jaké postavení by měly v procesu pořizování konkrétní územně plánovací dokumentace jednotlivé zastoupené osoby. Může se tak stát, že podání společného zmocněnce či zástupce bude námitkou, s níž se bude správní orgán muset vypořádat rozhodnutím.

ZÁSTUPCE VEŘEJNOSTI

S ohledem na částečnou procesní samostatnost a specifickou pořizování územně plánovací dokumentace zvolil zákonodárce alternativní úpravu zastupování shodných zájmů vícero účastníků tohoto procesu pomocí institutu zástupce veřejnosti.

Vzhledem ke komplexnosti územního plánování, jehož nástrojem je na nejvyšší úrovni politika územního rozvoje udávající rámec pro podrobnější řešení funkčního využití území pomocí podřazených nástrojů územního plánování, a s cílem, aby u samotného navazujícího územního řízení docházelo k minimu sporů, jeví se iniciativa zákonodárce omezující počet subjektů účastných územního plánování na straně veřejnosti jako oprávněná.

⁷ Více viz ČERNÝ, P., DOHNAL, V., KORBEL, F., PROKOP, M.: Průvodce novým správním řádem. Praha : Linde Praha, a.s., 2006, 114 s.

⁸ U pořizování zásad územního rozvoje nelze předpokládat využívání institutu společného zmocněnce či zástupce, neboť v tomto řízení může dle ustanovení § 39 odst. 2 stavebního zákona námitky podat pouze obec v řešeném území a obce sousedící s tímto územím a zástupce veřejnosti.

Zákonodárce správně očekával, že jednotlivá územně plánovací řízení se dotknou různou měrou práv velkého počtu osob, které se změnám budou bránit. S přihlédnutím k potřebě efektivního a rychlého výkonu státní správy na úseku územního plánování zákonodárce zachoval procesní možnosti všech osob v procesu pořízení územně plánovací dokumentace jakožto opatření obecné povahy na podávání připomínek. Okruh osob k podání námitek, jakožto procesně silnějšího prostředku ochrany je však omezen (viz níže)⁹.

Každému, tedy i osobám, jež nejsou přímo věcnými právy svázány s řešeným územím, ponechal zákonodárce možnost uplatnit k projednávanému návrhu územně plánovací dokumentace připomínku. Správní orgán je dle ustanovení § 172 odst. 4 správního řádu povinen se připomínkami zabývat jako podkladem a vypořádat se s nimi v odůvodnění opatření obecné povahy.

Institut zástupce veřejnosti pak zákonodárce vytváří k minimalizaci počtu účastníků oprávněných podat v rámci procesu pořízení územně plánovací dokumentace námitky. Institutem zástupce veřejnosti se vytváří speciální kategorie účastníka tohoto typu řízení, jehož prostřednictvím mohou dotčené osoby do procesu zasáhnout podáním námitek. Zástupce veřejnosti musí být k této své funkci kvalifikovaným způsobem zmocněn taxativně stanoveným počtem občanů obce případně kraje¹⁰, jménem kterých uplatňuje věcně shodnou připomínku, se kterou se správní orgán již musí vypořádat jako s námitkou dotčené osoby. Správní orgán o námitce rozhoduje rozhodnutím, které musí obsahovat vlastní odůvodnění, jež se uvede jako součást odůvodnění celého opatření obecné povahy. Zástupce veřejnosti tedy slouží k "přetavení" připomínek veřejnosti do námitek, se kterými se správní orgány musí pečlivě vypořádat a o nichž musí rozhodnout.

Zákonodárce dle důvodové správy ke stavebnímu zákonu chtěl naplnit požadavek čl. 7 tzv. Aarhuské úmluvy¹¹ na účast veřejnosti v územně plánovacím řízení. Otázkou v tomto případě zůstal soudní přezkum opatření obecné povahy na základě návrhu právě zástupce veřejnosti¹². Nejvyšší

⁹ Z pohledu ekonomických zájmů v území a tedy potenciální investiční výstavby lze předpokládat, že komunikace s několika málo zástupci veřejnosti přispěje k přehlednosti procesu pořizování územně plánovací dokumentace. Případný investor tak snáze může sdělit a objasnit svůj záměr a jeho dopady na životní prostředí.

¹⁰ Viz DOLEŽAL, J., MAREČEK, J., SEDLÁČKOVÁ, V., SKLENÁŘ, T., TUNKA, M., VOBRÁTILOVÁ, Z.: Nový stavební zákon v teorii a praxi a předpisy související s poznámkami. Praha : Linde Praha, a.s., 2006, 80 s. komentář k ustanovení § 23 odst. 2 a 3 stavebního zákona.

¹¹ Tento článek vyžaduje zajištění účasti veřejnosti při tvorbě plánů, programů a politik týkajících se životního prostředí.

¹² Viz čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy.

správní soud prozatím odmítá aktivní procesní legitimaci zástupce veřejnosti k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy podle §101a a násl. zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen "s.ř.s.")¹³. S uvedeným právním názorem lze polemizovat zejména s ohledem na možnost podání námítky zástupce veřejnosti, se kterou se správní orgán nemusí vypořádat zákonným způsobem, přičemž zde by absentovala soudní ochrana, ale i s ohledem na text důvodové správy ke stavebnímu zákonu, která soudní přezkum přímo předpokládá¹⁴.

ALTERNATIVNÍ ZASTOUPENÍ VEŘEJNOSTI

V neposlední řadě je potřeba uvést, že jakkoliv se institut zástupce veřejnosti může jevit jako omezující, není tento institut jedinou možností, jak se dotčené osoby mohou do řízení zapojit. V případě pořizování zásad územního rozvoje kraje hraje významnou roli obec, která jakožto samosprávná jednotka řízená svými občany zvolenými do veřejných funkcí v pravidelných komunálních volbách, má možnost stejně jako zástupce veřejnosti podávat v tomto řízení námítky. V případě pořizování územního plánu obce pak zákonodárce ponechal možnost podání námitek osobám, které vlastní nemovitosti dotčené návrhem veřejně prospěšných staveb, veřejně prospěšných opatření a zastavitelných ploch. Nejvíce prostoru pak zákonodárce ponechal účastníkům řízení o vydání regulačního plánu, ve kterém mohou námítky podat vedle již uvedených osob i osoby oprávněné z věcných práv k sousedním nemovitostem, osoby o kterých tak stanoví zvláštní právní předpis a výslovně společenství vlastníků jednotek podle zákona č. 72/1994 Sb., o vlastnictví bytů.

ZÁVĚR

Zástupce veřejnosti je institutem v českém právním řádu novým a jistě si zaslouží mnoho pozornosti. Je možné předpokládat, že k institutu zástupce veřejnosti mohou mít odlišné názory orgány pořizující územně plánovací dokumentaci a dotčená veřejnost. S očekáváním lze hledět do budoucna na vývoj pojetí tohoto institutu praxí, odvíjející se zejména od judikatury nejvyšších soudních instancí.

¹³ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 25.6.2008, č.j. 5 Ao 3/2008-27

¹⁴ K tomu viz BAHÝLOVÁ, L.: Vybrané otázky soudního přezkumu územních plánů, in. Dny práva 2009 - Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk university, 2009, 10 s.

Literature:

- BAHÝLOVÁ, L.: Vybrané otázky soudního přezkumu územních plánů, in. Dny práva 2009 - Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk university, 2009, 10 s. 19, ISBN 978-80-210-4990-1,
- ČERNÝ, P., DOHNAL, V., KORBEL, F., PROKOP, M.: Průvodce novým správním řádem. Praha : Linde Praha, a.s., 2006, s. 440,
- DOLEŽAL, J., MAREČEK, J., SEDLÁČKOVÁ, V., SKLENÁŘ, T., TUNKA, M., VOBRÁTILOVÁ, Z.: Nový stavební zákon v teorii a praxi a předpisy související s poznámkami. Praha : Linde Praha, a.s., 2006, s. 704.

Contact – email

jan.bahyl@centrum.cz

AARHUSKÁ ÚMLUVA-AKTUÁLNÍ OTÁZKY

JITKA BĚLOHRADOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá dvěma aktuálními otázkami vztahujícími se k tzv. Aarhuské úmluvě. První část příspěvku je věnována tzv. communication podané na Českou republiku v rámci kontrolního mechanismu Aarhuské úmluvy. Druhá část se potom týká nedávného rozhodnutí Soudního dvora ohledně problematiky přímého účinku Úmluvy.

Key words in original language

Aarhuská úmluva, účast veřejnosti na ochraně životního prostředí

Abstract

The contribution deals with two current issues which are related to the Aarhus Convention. In the first part of the contribution the attention to communication concerning the Czech Republic in the compliance mechanism is paid. The second issue concerns the recent judgment of the Court ruling about direct effect of the Aarhus Convention in European Union Law.

Key words

Aarhus Convention, public participation in environmental matters

1. ÚVOD

Úmluva o přístupu k informacím, účasti veřejnosti na rozhodování a přístupu k právní ochraně v záležitostech životního prostředí, nazývaná podle místa jejího přijetí Aarhuská (dále již jen „Aarhuská úmluva“ či „Úmluva“) je zřejmě nejdůležitějším mezinárodním dokumentem zakotvujícím zobrazení práva každého (jinými slovy veřejnosti) na příznivé životní prostředí do praktické roviny. Pro významnost Aarhuské úmluvy mluví zejména to, že její stranou nejsou pouze evropské státy, ale též řada středoasijských států.

Aarhuská úmluva byla přijata v dánském Aarhusu na Čtvrté ministerské konferenci členů UNECE (Evropská ekonomická komise OSN) v rámci programu „Environment for Europe“ v červnu roku 1998.¹ V platnost potom vstoupila v říjnu roku 2001. Česká republika podepsala Úmluvu již v roce 1998, k ratifikaci došlo v červenci roku 2004. Aarhuská úmluva byla

¹ Introducing The Aarhus Convention. [cit. 10. 5. 2011] Dostupné z: <http://www.unece.org/env/pp/>

vyhlášena sdělením Ministerstva zahraničních věcí pod č. 124/2004 Sb. m. s. a v platnost vstoupila dne 4. října 2004.

Otázka účasti veřejnosti na ochraně životního prostředí je stále aktuální. Následující příspěvek se zaměří na dvě současné otázky spojené s Aarhuskou úmluvou ve vztahu k problematice uplatňování Úmluvy v českém právním řádu. Prvním tématem je tzv. communication, kterou loňského roku podal Ekologický právní servis a ve které poukazuje na řadu pochybení České republiky ohledně uplatňování Aarhuské úmluvy v českém právním řádu. Druhá otázka se týká nedávného rozhodnutí Soudního dvora ohledně určení, zda má Aarhuská úmluva přímý účinek. Příspěvek je pojat východiskově, jeho cílem je především informovat odbornou veřejnost o aktuálních událostech souvisejících s uplatňováním Aarhuské úmluvy v českém právním řádu.

Pro účely následujícího příspěvku je nutné zmínit ještě některé další informace. Především ten fakt, že stranou Aarhuské úmluvy je i Evropská unie. Ta Úmluvu podepsala také již v roce 1998 v Aarhusu a následně ji schválila rozhodnutím Rady 2005/370/ES. K provedení Úmluvy Evropská unie přijala, popřípadě novelizovala, několik směrnic tak, aby je uvedla v soulad s Úmluvou a členské státy následně mohly tyto směrnice do svých právních řádů implementovat.

Je tedy třeba reflektovat to, že z mezinárodního pohledu je Úmluva mezinárodní smlouvou, k jejíž ratifikaci dal Parlament souhlas a již je Česká republika vázána. Dle čl. 10 Ústavy ČR je tak Aarhuská úmluva součástí našeho právního řádu, a v případě, že stanoví něco jiného než zákon, měla by se použít mezinárodní smlouva. Z pohledu unijního je potom Aarhuská úmluva i součástí unijního práva. To je pro Českou republiku jako člena Evropské unie závazné, a to včetně výkladu Úmluvy Soudním dvorem.

2. SDĚLENÍ EKOLOGICKÉHO PRÁVNÍHO SERVISU COMPLIANCE COMMITTEE

Před tím, než se budu věnovat samotnému sdělení, je třeba alespoň v základních rysech nastínit kontrolní mechanismus v rámci Aarhuské úmluvy. Článek 15 Úmluvy stanoví, že „*zasedání stran na základě konsensu stanoví volitelné systémy pro kritické přezkoumávání plnění ustanovení této úmluvy, které budou nekonfrontační, mimosoudní a budou mít poradní povahu. Tyto systémy umožní vhodným způsobem zapojit veřejnost a mohou zahrnovat možnosti zvažovat sdělení získaná od veřejnosti k záležitostem týkajícím se této úmluvy.*“ K jeho provedení byly v roce 2002 na prvním zasedání stran Úmluvy zvoleni členové tzv. Compliance Committee (Komise pro kontrolu dodržování Úmluvy; dále též „Komise“).

Na Compliance Committee se mohou obracet strany Úmluvy s tzv. submissions, která se týkají buď uplatňování Aarhuské úmluvy v jejich

vlastní zemi, nebo v zemi jiné strany Úmluvy.² Komisi může zaslat svá doporučení (refferal) Sekretariát³, dále také Komise může sama z vlastní iniciativy zkoumat plnění Úmluvy. Vzhledem k tomu, že myšlenka Aarhuské úmluvy je postavená na účasti veřejnosti, je dán i v případě kontrolního mechanismu v souladu s čl. 15 Úmluvy prostor veřejnosti k vyjádření se. Zároveň je tato možnost v praxi nejvíce využívána. Subjekty z řad veřejnosti mohou ke Compliance Committee podávat tzv. communications (do češtiny překládáno jako sdělení) týkající se naplňování Aarhuské úmluvy stranou Úmluvy.⁴

Compliance Committee následně věc prošetřuje. Požádá o vyjádření i stát, kterého se případ týká, popř. požádá podatele o upřesnění informací. Proces je zakončen vydáním shrnutí, k čemu Komise došla, doporučení, zprávou zpracovanou pro zasedání stran a příp. i následným monitoringem.

Podávání sdělení veřejností Komisi je poměrně častou záležitostí. Řešeny jsou jak případy uplatňování Úmluvy v evropských státech (např. ve Velké Británii, Polsku, Belgii, Francii či Španělsku), tak i ve státech Asie (Kazachstán, Turkmenistán či Arménie).

V červnu roku 2010 bylo podáno také sdělení ohledně uplatňování Aarhuské úmluvy v České republice. Communication bylo vypracováno Ekologickým právním servisem, což je občanské sdružení založené k ochraně životního prostředí a lidských práv. Sdělení je vedeno pod č. ACCC/C/2010/50.

V tomto sdělení Ekologický právní servis upozorňuje na nedostatky v uplatňování Aarhuské úmluvy v českém právním řádu. Namítá pochybení ohledně naplňování druhého a zejména třetího pilíře. Mezi hlavní body sdělení patří námitky ohledně

- nejednotnosti právní úpravy – jednotlivé environmentální předpisy stanoví svoje vlastní podmínky účasti veřejnosti, přičemž formulace těchto podmínek se v jednotlivých předpisech různí
- procesu EIA – je poukazováno na celé pojetí procesu EIA, kdy tento není integrální součástí povolovacího procesu a jeho stanovisko je pouze podkladového a nezávazného charakteru

² Zatím bylo takové podání učiněno pouze jedenkrát, a to Rumunskem ohledně plnění Ukrajiny. Více viz: <<http://www.unece.org/env/pp/Submissions.htm>>

³ Do dnešní doby Sekretariát tohoto svého práva nevyužil.

⁴ Compliance Committee: Background. [cit. 11. 5. 2011] Dostupné z: <<http://www.unece.org/env/pp/ccBackground.htm>>

- omezení účastenství ve správních řízeních – v některých správních řízeních je účastníkem řízení pouze návrhovač; tím je odepřen přístup dotčené veřejnosti (jak dotčených jednotlivců, tak environmentálních nevládních neziskových organizací) k danému řízení, stejně tak jako možnost podat proti rozhodnutí vydaném v tomto řízení odvolání; zároveň tak vzniká otázka aktivní žalobní legitimace těchto subjektů
- omezení žalobní legitimace nevládních neziskových organizací – EPS poukazuje na fakt, že soudy neuznávají aktivní legitimaci nevládních neziskových organizací v rámci podávání návrhu na zrušení opatření obecné povahy, a dále na fakt, že tyto organizace mohou podle současné judikatury v řízení dle § 65 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, namítat pouze porušení svých procesních práv
- neuznávání přímé použitelnosti Úmluvy – jednotlivé subjekty nejčastěji v návrzích na zrušení opatření obecné povahy odvozují svoji aktivní legitimaci přímo z Aarhuské úmluvy, když jim ji český zákon (soudní řád správní) nepřiznává; soudy však zastávají názor, že Aarhuská úmluva není přímo použitelná.^{5 6}

Proces vyřizování diskutovaného sdělení ještě není ukončen. Česká republika v březnu letošního roku podala svoje vyjádření ke sdělení (*response*). V něm dochází k závěru, že česká právní úprava je s Aarhuskou úmluvou konformní.⁷ O daném sdělení následně jednala Compliance Committee na svém 32. zasedání dne 12. dubna 2011. Prozatím však nezveřejnila svoje závěry. Bude tedy zajímavé sledovat, zda i Komise bude považovat českou právní úpravu z hlediska naplňování ustanovení Aarhuské úmluvy za dostačující.

3. OTÁZKA PŘÍMÉHO ÚČINKU ÚMLUVY

Jak již bylo uvedeno v úvodu, na Úmluvu je třeba nahlížet z hlediska mezinárodního jako na smlouvu podle čl. 10 Ústavy, ale také z pohledu

⁵ Bliže k otázce přímého účinku Úmluvy viz Kapitulu 3.

⁶ Sdělení (Communication) Ekologického právního servisu podané k Aarhus Convention Compliance Committee, vedené pod č. ACCC/C/2010/50. K podrobnějšímu vymezení problémů souvisejících s uplatňováním Aarhuské úmluvy v českém právním řádu viz Bělohřadová, J.: Uplatňování Aarhuské úmluvy v českém právním řádu. Příspěvek byl přednesen v rámci mezinárodní konference „Mířníky práva v stredoeurópskom priestore 2011“ pořádané Právnickou fakultou Univerzity Komenského v Bratislavě, konané v dnech 31. 3. 2011 – 2. 4. 2011.

⁷ Odpověď MŽP (*Written Statement*) na sdělení vedené u Compliance Committee pod č. ACCC/C/2010/50.

unijního, kdy výklad Aarhuské úmluvy Soudním dvorem je pro státy EU závazný.

Aplikačního pravidla přednosti Aarhuské úmluvy před zákonem, když zákon stanoví něco jiného, resp. přímé použitelnosti Úmluvy se poměrně pravidelně dovolávají žalobci z řad veřejnosti v těch případech, kdy dle jejich mínění mají určitá práva plynoucí jim z Aarhuské úmluvy, avšak nikoli ze zákonů. K přímé použitelnosti Úmluvy se vyjadřoval již několikrát Nejvyšší správní soud, ale též Ústavní soud.

Nejvyšší správní soud došel například ve svém rozsudku ze dne 18. 9. 2008, sp. zn. 9 Ao 1/2008 k závěru, že Aarhuská úmluva nesplňuje podmínky pro to, aby byla tzv. self-executing treaty, tj. její ustanovení nejsou konstruována „*natolik určitě a jasně, že z nich lze vyvodit práva a povinnosti vnitrostátních subjektů, aniž by bylo třeba nějakých vnitrostátních opatření.*“ Úmluva tak podle Soudu „*není přímo použitelnou mezinárodní smlouvou a tudíž nelze uplatnit pravidlo čl. 10 Ústavy České republiky o aplikační přednosti Aarhuské úmluvy před zákonem.*“

Stejný názor zastává i Ústavní soud, který v usnesení ze dne 2.9.2010, sp. zn. I.ÚS 2660/08 stanovil, že „*...z textu této úmluvy, jež ve svém článku 1 předpokládá postupné uskutečňování obecně formulovaných cílů smluvními státy, nelze dovodit, že by tato úmluva byla přímým pramenem jakýchkoliv občanských práv či závazků, natož práv či svobod základních. Úmluva obsahuje závazky států, které mají programovou povahu a jsou průběžně realizovány smluvními stranami.*“

Ve výše zmíněném rozsudku Nejvyšší správní soud již neřešil unijní rovinu aplikace Úmluvy. Soudní dvůr se však otázkou, zda má Aarhuská úmluva v právu Evropské unie přímý účinek, již zabýval, a to ve svém rozsudku ze dne 8. března 2011, ve věci C-240/09. Jednalo se o řízení o předběžné otázce, kterou Soudnímu dvoru předložil Nejvyšší soud Slovenské republiky. Soudní dvůr v tomto řízení došel k závěru, že se otázky položené Nejvyšším soudem SR týkají v podstatě pouze článku 9 odstavce 3 Úmluvy zakotvujícího přístup veřejnosti ke správním či soudním řízením ohledně podávání námitek proti nezákonným jednáním, aktům či opomenutím ze strany soukromých osob nebo orgánů veřejné správy, proto se i rozsudek ohledně přímého účinku vztahuje pouze na čl. 9 odst. 3 Úmluvy.

Věcně se případ týkal požadavku environmentální nevládní neziskové organizace VLK být - s odkazem na Aarhuskou úmluvu - účastníkem správních řízení, v nichž se jednalo o přiznání výjimek z ochrany chráněných druhů, o vstupu na chráněná území a o použití chemických přípravků v těchto lokalitách. Ministerstvo životního prostředí Slovenské republiky však tuto žádost zamítlo.

Soudní dvůr zkoumal podmínky, za nichž lze ustanovením smlouvy přiznat přímý účinek, a došel k závěru, že „*ustanovení čl. 9 odst. 3 Aarhuské*

úmluvy neobsahují žádnou jasnou a přesnou povinnost, která by mohla přímo upravovat právní situaci jednotlivců.“ Provedení daného ustanovení tak závisí na vydání pozdějšího aktu. Na základě tohoto zjištění tak Soudní dvůr konstatoval, že diskutované ustanovení nemá v právu Unie přímý účinek.

Soudní dvůr se v rozsudku musel vypořádat i s tím faktem, že unijní právo dosud plně neupravuje povinnosti vyplývající z čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy, a proto jsou za plnění těchto povinností odpovědné členské státy. Členské státy však musí respektovat zásady vyplývající z judikatury Soudního dvora, v tomto případě zásadu rovno(cenno)sti procesních podmínek žalob a zásadu efektivy, dle které procesní podmínky žalob k ochraně práv vyplývajících jednotlivcům z unijního práva nesmí „*v praxi znemožňovat nebo nadměrně ztěžovat výkon práv přiznaných právním řádem Unie.*“ Zároveň je nutné sledovat i cíl Aarhuské úmluvy, kterým je zabezpečení účinné ochrany životního prostředí. Soudy členských států proto mají vykládat jejich právo stanovující podmínky pro podání opravných správních prostředků či žalob tak, aby co nejvíce zohlednily cíle čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy a cíl účinné soudní ochrany práv poskytnutých unijním právem, aby environmentální nevládní neziskové organizace mohly „*soudně napadnout rozhodnutí vydané v rámci správního řízení, které by mohlo být v rozporu s právem Unie v oblasti životního prostředí.*“

4. ZÁVĚR

Tento příspěvek pojednával o aktuálních otázkách spojených s uplatňováním Aarhuské úmluvy v českém právním řádu. Jak již bylo poznamenáno v úvodu, příspěvek měl za cíl seznámit čtenáře s aktuálně diskutovanou problematikou. Podrobnější zkoumání a analýza jednotlivých otázek by tak již přesáhly rámec tohoto příspěvku a je možno se jimi zabývat v další vědecko-výzkumné činnosti.

Ohledně podaného sdělení Komisi bude zajímavé sledovat, jaký závěr Komise učiní a jaká doporučení České republiky navrhne. Do budoucna pak jistě bude předmětem zájmu i to, zda stát bude podle doporučení Komise jednat. Není také bez zajímavosti, že se na přelomu června a července letošního roku bude v moldavském Kišiněvu konat čtvrté zasedání stran Úmluvy, na němž budou projednávány aktuální souhrnné zprávy o plnění Úmluvy, stejně jako další otázky ohledně vývoje uplatňování Aarhuské úmluvy v národních právních řádech jednotlivých stran.

Pozornost by měla být věnována také tomu, zda a případně jak se rozsudek Soudního dvora, který nepřiznal Aarhuské úmluvě přímý účinek, promítne do rozhodování českých soudů. Jak bylo uvedeno výše, Nejvyšší správní soud se k otázce přímé použitelnosti Aarhuské úmluvy vyjadřuje rovněž tak, že Úmluvu nelze přímo aplikovat. Přes tuto ustálenou judikaturu se environmentální nevládní organizace ve svých žalobách a návrzích

pravidelně na Úmluvu z opatrnosti odvolávají. Domnívám se, že i přes zmíněný rozsudek Soudního dvora se budou ve svých podáních Úmluvy dovolávat nadále, neboť ačkoli Soudní dvůr rovněž rozhodl o tom, že Aarhuská úmluva nemá přímý účinek, neřekl to bez dalšího, ale stanovil zároveň podmínku výkladu vnitrostátního práva v souladu s Úmluvou.

Je třeba znovu poznamenat, že zmíněný rozsudek se týkal pouze čl. 9 odst. 3 Úmluvy. Na druhou stranu, většina ustanovení Úmluvy obsahuje takové formulace, jako „*státy zajistí, aby ..., strany přijmou...*“, z čehož lze usuzovat, že ani ostatní ustanovení zřejmě nebudou mít přímý účinek.

Literature:

- Bělohradová, J: Uplatňování Aarhuské úmluvy v českém právním řádu. Příspěvek byl přednesen v rámci mezinárodní konference „Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2011“ pořádané Právnickou fakultou Univerzity Komenského v Bratislavě, konané v dnech 31. 3. 2011 – 2. 4. 2011.
- Introducing The Aarhus Convention. [cit. 10. 5. 2011] Dostupné z: <<http://www.unece.org/env/pp/>>
- Compliance Committee: Background. [cit. 11. 5. 2011] Dostupné z: <<http://www.unece.org/env/pp/ccBackground.htm>>
- Sdělení (Communication) Ekologického právního servisu podané k Aarhus Convention Compliance Committee, vedené pod č. ACCC/C/2010/50.
- Odpověď MŽP (*Written Statement*) na sdělení vedeného u Compliance Committee pod č. ACCC/C/2010/50.

Contact – email

JitkaBelohradova@seznam.cz

ROZDĚLOVÁNÍ OBCÍ NA VOLEBNÍ OBVODY: GERRYMANDERING PO ČESKU?

TOMÁŠ BLAŽEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá problematikou rozdělování obcí na volební obvody pro účely voleb do obecních zastupitelstev. Článek ukazuje, jak touto cestou může docházet ke zvýhodnění určité volební strany, a analyzuje, jakým způsobem se s danou praktikou vyrovnává judikatura českých soudů (zejména na příkladu kauzy pražských voleb z roku 2010).

Key words in original language

Obecní volby, rozdělování na volební obvody, gerrymandering, pražské volby v roce 2010

Abstract

The paper presents procedure of dividing municipalities into several electoral districts for the purpose of elections into Czech municipal councils. It is argued that such division might establish a significant political advantage for a particular party or a group, thus representing an example of a phenomenon called gerrymandering. The paper also analyses how the case-law of Czech courts deal with this practice, focusing notably on the case of the "Prague elections 2010".

Key words

Municipal elections, dividing into electoral districts, gerrymandering, Prague elections 2010

1. ÚVOD

Nejsledovanějším výstupem voleb do obecních zastupitelstev, které se odehrály v roce 2010, se bezpochyby stal výsledek voleb v Praze. Tyto volby předcházela nebývale vyostřená volební kampaň, jejíž součástí se stal také zajímavý právní spor. Občanská demokratická strana (ODS), ovládající pražské zastupitelstvo v předchozím volebním období, byla svými konkurenty nařknuta z nekalých praktik při přípravě voleb. Těch se měla dopustit tím, že iniciovala a prosadila rozdělení území Prahy na sedm devítimandátových obvodů pro účely daných voleb. Toto rozdělení přitom zjevně splnilo svůj účel, neboť v jeho důsledku se do pražského zastupitelstva nedostaly některé subjekty, které by jinak na mandáty ve volbách téměř jistě dosáhly. ODS díky tomu mohla v novém volebním období spolu s Českou stranou sociálně demokratickou (ČSSD) zformovat "velkou koalici" a udržet se v české metropoli "u moci" i nadále.

Předmětem příspěvku je představení problematiky rozdělování obcí na volební obvody. Ačkoliv se jí dostalo mediální pozornosti až v souvislosti s výše zmíněnými pražskými volbami, jedná se o obecnější problém, jehož svědky jsme již v minulosti byli a nepochybně budeme bývat i v budoucnu (ledažebý zákonodárce přistoupil k legislativním změnám úpravy voleb do obecních zastupitelstev, což se však zatím nejeví být příliš pravděpodobné).

Článek nejprve stručně popíše mechanismus rozdělování obcí na volební obvody, respektive jeho zákonnou úpravu. Následovat bude upozornění na problematické body tohoto mechanismu, z nichž některé (ale zdaleka ne všechny) odhalily právě loňské pražské volby. Poté se příspěvek zaměří na analýzu toho, jakým způsobem se s danou praktikou vyrovnává judikatura českých soudů. V závěru bude tato judikatura podrobena stručné kritické reflexi. Dle názoru autora článku bylo na místě, aby zainteresované soudy v kauze "pražské volby 2010" intervenovaly aktivněji, případně aby alespoň nastavily přísnější testy či kritéria pro přezkum budoucích obdobných případů.

2. ZÁKONNÁ ÚPRAVA

Úpravu mechanismu rozdělení obce na volební obvody lze nalézt v zákoně č. 491/2001 Sb., o volbách do zastupitelstev obcí a o změně některých zákonů, zejména v § 27 cit. zákona. Z něj plyne, že obec tvoří zpravidla jeden volební obvod, zastupitelstvo obce však může vytvořit více volebních obvodů. Při tom je zastupitelstvo do jisté míry limitováno, musí tak učinit nejpozději 85 dnů přede dnem konání voleb, v obcích s počtem obyvatel do 10 000 je nutno v každém volebním obvodu volit nejméně 5 členů zastupitelstva, v obcích s počtem obyvatel od 10 001 do 50 000 obyvatel je třeba v každém obvodu volit nejméně 7 členů a v obcích s počtem obyvatel nad 50 000 je povinností v každém volebním obvodu volit nejméně 9 členů zastupitelstva obce. Další omezení se týká pouze hlavního města Praha a územně členěných statutárních měst (v nichž může být městská část nebo městský obvod součástí pouze jednoho volebního obvodu) a procedury zveřejnění všech relevantních údajů týkajících se vytvoření volebních obvodů (starosta má povinnost je zveřejnit do 2 dnů po vytvoření volebních obvodů na úřední desce, popřípadě i způsobem v místě obvyklým).

Nutno také poukázat na ustanovení § 2 cit. zákona, podle nějž se volby do zastupitelstev obcí konají na základě všeobecného, rovného a přímého volebního práva tajným hlasováním podle zásad poměrného zastoupení. Článek 102 odst. 1 Ústavy však žádnou úpravu volebního systému do obecních zastupitelstev neobsahuje (podle uvedeného článku jsou členové zastupitelstev "voleni tajným hlasováním na základě všeobecného, rovného a přímého volebního práva."), narozdíl od voleb do Poslanecké sněmovny a do Senátu (srov. čl. 18 odst. 1 a 2 Ústavy).

3. PROBLEMATICKÉ BODY STÁVAJÍCÍ ÚPRAVY

Prvotním důsledkem rozdělení obce na více volebních obvodů je zpravidla zvýšení tzv. přirozené uzavírací klauzule a z něj plynoucí znevýhodnění malých volebních stran. Jak totiž upozorňuje politologická literatura, "[V]elikost volebních obvodů je klíčovou a ve většině případů rozhodující proměnnou, která nejvýznamněji ovlivňuje celkový charakter a vlastnosti volebního systému."¹ Se zvyšující se velikostí obvodů dochází ke vzrůstu proporcionality systému, naopak snižování jejich velikosti vede k disproporčním výsledkům. Obvykle jsou přitom zvýhodněny velké na úkor malých stran, neboť v důsledku zvýšení přirozené uzavírací klauzule je ztížen přístup malých stran k "prvnímu mandátu". Ačkoliv tak určitá volební strana dosáhne zákonné 5% uzavírací klauzule, stále ještě nemá zaručeno, že v daném volebním obvodu nějaký mandát vůbec získá. Zmenšováním volebních obvodů tudíž dochází k určité kolizi s principem, podle něž se do obecních zastupitelstev volí "podle zásad poměrného zastoupení".

Další spornou otázkou, která může vyvstat při rozdělení obce na volební obvody, je to, zda touto cestou nedochází k narušení rovnosti volebního práva. Zákon o volbách do zastupitelstev obcí totiž nestanoví, zda má být mezi volebními obvody zachována určitá proporce (a případně jaká). Lze si tak představit např. situaci, kdy zastupitelstvo rozdělí obec na volební obvody, z nichž jeden bude výrazně větší než ostatní (buď co do počtu obyvatel, nebo oprávněných voličů). Ve všech obvodech se však bude soupeřit o stejný počet mandátů. Důsledkem bude rozdíl ve váze hlasu voličů volících v jednotlivých obvodech. Jestliže je zároveň v onom větším obvodu koncentrována voličská podpora pro určitou volební stranu, pak se může stát, že tato strana bude ve volbách poškozena tím, že získá méně mandátů, než kdyby se v celé obci volilo v jednom obvodu. Nerovnoměrné nastavení velikosti volebních obvodů tak může představovat další efektivní nástroj "volební aritmetiky" využitelný k poškození volebních soupeřů.

Konečně třetím sporným bodem zákonné úpravy je vymezení lhůty pro přijetí rozhodnutí zastupitelstva o rozdělení obce na volební obvody. Uvedené rozhodnutí může být přijato nejpozději 85 dnů přede dnem konání voleb. Pokud momentální většina v zastupitelstvu využije nejzazší mez uvedené lhůty, tak již neponechá příliš prostoru svým konkurentům, aby se na volby adekvátně připravili. Zákon totiž stanoví lhůty také pro další akty předvolebního procesu, a tak jsou volební strany povinny např. již 66 dní přede dnem konání voleb odevzdat kandidátní listiny (§ 21 odst. 3 zákona o volbách do zastupitelstev obcí). V krajním případě tak na jejich sestavení mohou mít pouze 19 dní, což je velice krátký čas na důkladné zvážení toho, jakou strategii zvolit při sestavování kandidátek v nově narýsovaných volebních obvodech.

¹ CHYTILEK, Roman et al. *Volební systémy*, Praha: Portál, 2009, str. 185.

Krátkost dané lhůty je problematická také s ohledem na možný soudní přezkum aktu rozdělení obce na volební obvody v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy před NSS. Dospěl-li by totiž Nejvyšší správní soud v tomto řízení k závěru, že je nutno předmětné rozhodnutí zastupitelstva zrušit, pak by vyvstaly pochybnosti, jak dál v rámci volebního procesu postupovat. Může nastat například situace, že soud zruší rozdělení obce na volební obvody až v době po uplynutí uvedené 66denní lhůty. Volby přitom zjevně nebude možné uskutečnit za využití odevzdaných kandidátních listin (sestavených pro volební obvody, jejichž vymezení soud mezitím zrušil). Jak by měly volební orgány v takovou chvíli postupovat? Umožnit stranám, aby odevzdaly nové kandidátní listiny pro jeden volební obvod v nějakém náhradním termínu a uzpůsobit (zkrátit) i všechny další, navazující lhůty týkající se jednotlivých předvolebních úkonů? Nebo v dané obci rovnou rezignovat na konání voleb v původně vyhlášeném termínu a postupovat analogicky podle § 54 odst. 3 zákona o volbách do zastupitelstev obcí, tj. vyhlásit dodatečné volby? Případně ještě nějak jinak? Zákon popsanou situaci vůbec neřeší, nejspíše proto, že jeho autoři vůbec nepočítali s tím, že by se akt rozdělení obce na volební obvody mohl vůbec stát samostatným předmětem soudního přezkumu.

Jistě by se daly nalézt i další možnosti zneužití dosti chatrné úpravy procesu rozdělování obcí na volební obvody a lze očekávat, že praxe nás s nimi v budoucnu seznámí. Již na základě výše popsaných možností však lze tvrdit, že daný institut otevírá nemalý prostor pro praktikování určité české varianty gerrymanderingu, tedy jisté formy volebního inženýrství spočívající v manipulacích s hranicemi volebních obvodů, jejímž cílem je zvýhodnit ve volbách vybrané kandidáty, či politické strany.² Při absenci adekvátní zákonné regulace by se dalo očekávat, že vzniklý prostor vyplní alespoň judikatura soudů. V následující části se blíže podíváme na to, jak se české soudy s touto výzvou vyrovnávají.

4. JUDIKATURA ČESKÝCH SOUDŮ - KAUZA "PRAŽSKÝCH VOLEB 2010"

Vhodnou příležitost pro přijetí "pilotních" rozhodnutí, kterými by judikatura stanovila určité meze pro libovůli komunálních politiků při vymezování volebních obvodů, poskytly volby do zastupitelstva Hlavního města Prahy konané v roce 2010. Proti rozhodnutí ze dne 17. 6. 2010, kterým pražské zastupitelstvo rozdělilo Prahu na volební obvody, nejprve (ještě před konáním voleb) brojilo společně osm subjektů³ u Nejvyššího správního

² Obecně k gerrymanderingu viz např. GALDERISI, Peter F. (ed.). *Redistricting in the new millennium*, Lexington Books, 2005; MONMONIER, Marks S. *Bushmanders and Bullwinkles: How Politicians Manipulate Electronic Maps and Census Data to Win Elections*, Chicago, London: The University of Chicago Press, 2010.

³ Strana zelených, SNK Evropští demokraté, ČSSD, KDU-ČSL, Věci veřejné a tři fyzické osoby.

soudu. NSS jejich návrh v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy zamítl rozsudkem ze dne 9. 8. 2010, č. j. 4 Ao 4/2010-195. Po skončení voleb (které proběhly ve dnech 15. - 16. 10. 2010) napadlo jejich výsledky jedenáct subjektů⁴ společným návrhem u Městského soudu v Praze. Proti zamítavému usnesení městského soudu (ze dne 11. listopadu 2010, č. j. 12 A 8/2010-166) podali uvedení navrhovatelé ústavní stížnost spojenou s návrhem na zrušení části ustanovení § 27 zákona o volbách do zastupitelstev obcí. Ústavní soud však nálezem ze dne 29. 3. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 52/10, jejich ústavní stížnost zamítl, návrh na zrušení části zákona o volbách do zastupitelstev obcí dokonce odmítl.

Neméně důležité jako výroky uvedených rozhodnutí však byla také jejich odůvodnění. V následujících odstavcích tak nejprve shrnu odůvodnění rozsudku NSS (část 4.1 článku), poté blíže představím argumentaci obsaženou v nálezu Ústavního soudu (část 4.2).

Ještě předtím však stručně nastíním sporné otázky daného případu. Rozdělení Prahy na volební obvody se do jisté míry dotklo všech v předchozí části zmíněných problematických bodů úpravy rozdělování na volební obvody. V pražských volbách došlo k poškození některých menších subjektů v důsledku zvýšení faktického volebního prahu. Zákonnou uzavírací klauzuli sice v některých volebních obvodech překročila jak Koalice SNK Evropských demokratů a Strany zelených, tak Věci veřejné (obě strany zároveň získaly více než 5 % i v celkovém součtu všech hlasů)⁵, v novém pražském zastupitelstvu však zasedly toliko strany TOP 09, ODS, ČSSD a KSČM. Přirozená uzavírací klauzule se totiž zvedla o několik procentních bodů (v jednotlivých obvodech se pohybovala v rozmezí 7,04 % až 7,82 %), což již představovalo pro prvně uvedené strany nepřekonatelnou bariéru. Díky tomu byla ODS spolu s ČSSD schopna uzavřít koalici, neboť obě strany byly disproporčně zvýhodněny při přepočtu hlasů na mandáty (obdržely 20, respektive 14, dohromady tedy 34 mandátů v 63členném zastupitelstvu, ačkoliv získaly "jen" 40,95 % hlasů).⁶

Je přitom velice pravděpodobné, že v případě, že by se v Praze volilo v jednom volebním obvodu, by ODS a ČSSD takovou koalici zformovat nemohly. Při přepočtu odevzdaných hlasů na jediný obvod vychází následující výsledek: TOP 09 22 mandátů, ODS 16, ČSSD 13, KSČM 4, koalice SNK Evropských demokratů a Strany zelených 4 a Věci veřejné 4

⁴ Strana zelených, SNK Evropských demokratů, Věci veřejné a osm fyzických osob.

⁵ V obvodě č. 7 překročilo pětiprocentní hranici také lokální uskupení nazvané Hnutí pro Prahu 11.

⁶ K údajům o výsledcích voleb viz web Českého statistického úřadu <http://volby.cz/>. Výpočet posunu faktického volebního prahu je převzat z analýz T. Lebedy a J. Outlého vyžádaných Ústavním soudem v rámci řízení o ústavní stížnosti ve věci pražských voleb, jak byly ÚS citovány v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 52/10 (bod 37. nálezu)

mandáty.⁷ Samozřejmě nelze přesně předpovídat, jak by se chovali voliči v případě takové volby, jistě nelze bez dalšího presumovat, že by jejich volební chování bylo naprosto totožné. Malé strany by však zřejmě získaly ještě více hlasů, neboť některé k dosavadnímu pražskému vládnímu establishmentu kriticky naladěné voliče mohla od jejich volby odradit právě obava, že jejich volební výsledek nebude stačit na překročení přirozené uzavírací klauzule. Tito voliči pak z obavy, aby jejich hlas nepropadl, mohli dát přednost jiné straně.

Soudy se vedle otázky, zda nedošlo k nepřipustnému zásahu do principu poměrného zastoupení, musely zabývat také problematikou rovnosti volebního práva, neboť navrhovatelé (stěžovatelé) poukazovali také na nerovnoměrnost ve velikosti obvodů (byť ne na to, že by tato nerovnoměrnost v daném případě nějak výrazně zvýhodňovala konkrétní stranu).

Poslední z nastíněných problémů nebyl přímo dotčen, protože pražské zastupitelstvo nerozhodovalo úplně na hranici zákonné lhůty a účastníci voleb tak měli dost času k sestavení volebních kandidátek. I tak však jeho rozhodnutí vyvolalo určitý časový tlak, a to ve vztahu k soudnímu přezkumu. Následující úvaha je do značné míry spekulativní, avšak domnívám se, že rozhodnutí soudů mohla vypadat odlišně, než jak ve finále vypadají, kdyby rozhodnutí o rozdělení Prahy na volební obvody bylo přijato ještě s větším odstupem od konání voleb a byl tak ponechán dostatečný prostor pro jeho důkladné soudní posouzení. A to jak před NSS, tak zejména před ÚS, k němuž vůbec nebyla podána ústavní stížnost proti rozsudku NSS, zřejmě z důvodu blízkého se termínu voleb. Je přitom zřejmé, že rozhodnutí o neplatnosti již proběhlých voleb je daleko zásadnějším zásahem do volebního procesu než rozhodnutí o neplatnosti "pouhého" aktu rozdělení obce na volební obvody přijaté ještě před tím, než volby proběhnou. Soudy rozhodující ve volebních věcech přitom z povahy věci tendují k tomu, aby své zásahy do volebního procesu minimalizovaly. Měl-li by ÚS možnost vyjádřit se k posuzované věci ještě před konáním voleb, možná by jeho argumentace mířila trochu jiným směrem.

4.1 ROZSUDEK NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU

NSS se nejprve musel vypořádat s otázkou, zda napadená část usnesení vůbec představuje opatření obecné povahy a zda má tedy danu pravomoc k jeho přezkumu v řízení podle §§ 101a a násl. s. ř. s. Po obsáhlé rekapitulaci vymezení uvedeného institutu obsaženého v doktríně a v judikatuře, dospěl k závěru, že materiálně se o opatření obecné povahy skutečně jedná.

⁷ Přepočet rovněž dle analýz politologů citovaných v nálezu Pl. ÚS 52/10.

Při věcném přezkumu napadeného aktu postupoval NSS podle judikatorně ustáleného algoritmu přezkumu opatření obecné povahy, přičemž klíčovým byl pátý (závěrečný) krok algoritmu, tj. posouzení proporcionality přezkoumávaného opatření. V jeho rámci se nejprve věnoval zhodnocení toho, zda napadený bod usnesení umožňuje dosáhnout sledovaný cíl (kritérium vhodnosti), zda napadený bod usnesení a sledovaný cíl spolu logicky souvisí a zda cíle nelze lépe dosáhnout jiným prostředkem (kritérium potřebnosti).

O vhodnosti napadeného opatření obecné povahy k dosažení jím sledovaného cíle nelze mít dle NSS pochyb již jen proto, že § 27 zákona o volbách do zastupitelstev obcí zastupitelstvo k vytvoření více volebních obvodů výslovně zmocňuje; navíc se jedná o jediný zákonný způsob, jak členění území obce na více volebních obvodů dosáhnout.

Při zkoumání kritéria potřebnosti se NSS zabýval důvody, které zastupitelstvo vedly k přijetí napadeného bodu usnesení. Vyšel přitom z vyjádření odpůrce (tj. Hlavního města Prahy), opírající se o stenografický záznam z příslušného jednání zastupitelstva, z něž odpůrce extrahoval, že hlavními důvody pro vydání usnesení byly "a) záměr zvýšit transparentnost voleb, zpřehlednit a zjednodušit volbu kandidátů snížením maximálního počtu kandidátů na hlasovacím lístku na cca 180 oproti cca 1 500 kandidátů v případě existence jediného volebního obvodu); b) snaha zvýšit šance na volební úspěch lokálních uskupení, zaměřených na problematiku významnou pro jednotlivé volební obvody; c) reflektování zkušeností z voleb do Poslanecké sněmovny v roce 2010 (kdy voliči masivně využili preferenčních hlasů) vytvořením podmínek pro snadnější identifikaci voličů s kandidáty daného (menšího) obvodu; d) vytvoření užších vazeb mezi zvoleným členem zastupitelstva a voličem, jakož i větší orientací zastupitelů na problémy a potřeby konkrétního územního celku; e) ekonomické úspory." S takovým zdůvodněním se NSS spokojil, přičemž projevil výraznou zdrženlivost v jeho bližším hodnocení: "odpůrce dostatečným způsobem a přesvědčivě doložil, že vytvoření volebních obvodů je z jeho pohledu potřebné. Je přitom třeba konstatovat, že Nejvyšší správní soud není povolán k tomu, aby konkrétně analyzoval a posuzoval, zda důvody, které odpůrce k přijetí napadeného opatření obecné povahy vedly, po obsahové stránce skutečně obstojí. Takový přezkum by překračoval soudu stanovené meze právního přezkumu a nepřípustně by zasahoval do otázek politických, v krajním případě by mohl ingerovat i do ústavního práva na samosprávu."

V posledním, třetím dílčím kroku přezkumu proporcionality se Nejvyšší správní soud zaměřil na otázku, zda opatření obecné povahy co nejméně omezuje své adresáty (kritérium minimalizace zásahů), a to v rámci posouzení, zda je následek napadeného opatření obecné povahy úměrný sledovanému cíli (přezkum proporcionality v užším slova smyslu).

Také v tomto případě je argumentace NSS velmi opatrná a zdrženlivá. NSS nejprve shledal nedůvodné námitky některých navrhovatelů, podle nichž je pro ně napadený akt likvidační, protože znamená, že pravděpodobně nezískají žádný mandát (což dokládali přepočtem na základě výsledků z voleb konaných v roce 2006). NSS uvedl, že "navrhovatelé nemohou předem predikovat, nýbrž toliko spekulovat o tom, jaký bude výsledek komunálních voleb, jestliže organizačně proběhnou podle napadeného usnesení. Navrhovatelé pomíjejí, že výsledek komunálních voleb z roku 2006 je neopakovatelný a nelze jej přenášet na situaci aktuální (...) Odpůrce mimo to na základě sice rovněž částečně zkreslujícího, leč dle mínění zdejšího soudu o poznání příhodnějšího srovnání doložil, že pokud by byly v komunálních volbách, konaných v říjnu 2010, zcela zachovány voličské preference z voleb do Poslanecké sněmovny ve volebním kraji hlavní město Praha, konaných v květnu 2010, pak po přepočtu mandátů při členění území hlavního města Prahy na 7 volebních obvodů by navrhovatel c) se ziskem 15,17 % hlasů získal 12 mandátů (z celkového počtu 63), navrhovatel e) se ziskem 10,32 % hlasů 7 mandátů, navrhovatel a) se ziskem 4,79 % hlasů 0 mandátů a navrhovatel d) se ziskem 2,17 % hlasů 0 mandátů." Na závěr této části rozsudku NSS ještě poukázal na situaci z roku 2002, kdy byla Praha také rozdělena na volební obvody a kdy KDU-ČSL v jednom volebním obvodu získala celkem 5,62 % hlasů voličů, a získala zde proto 1 mandát, byť celkově na území hlavního města Prahy získala pouze 4,56 % hlasů voličů. Z toho NSS dovodil, že "rozdělení území hlavního města Prahy na volební obvody nemusí vždy automaticky poškozovat strany s nižším volebním výsledkem, což navrhovatelé opakovaně tvrdí, toto své tvrzení však nedoložili žádnými konkrétními příklady."

Podle NSS se tak navrhovatelům nepodařilo prokázat, že by v důsledku napadeného bodu usnesení odpůrce došlo k nepřipustnému zásahu do poměrného volebního systému pro volby do Zastupitelstva hlavního města Prahy, konané v říjnu 2010. NSS v této souvislosti zejména poukázal na skutečnost, že imperativ poměrného volebního systému pro volby do obecních zastupitelstev je stanoven "pouze" na zákonné úrovni, na rozdíl od voleb do Poslanecké sněmovny. Podle NSS tak v případě komunálních voleb byl zákonodárci ponechán prostor k modifikaci charakteru volebního systému vymezením dalších parametrů, mezi něž patří i ustanovení zákona upravující možnost rozdělit obec na volební obvody: "teprve všechny tyto zákonem vymezené parametry ve své vzájemné souvislosti určují charakter volebního systému pro volby do zastupitelstev obcí, a ačkoli zásada poměrného zastoupení je vymezena v obecných ustanoveních zákona o volbách do zastupitelstev obcí, nelze z toho dovozovat, že by tato měla převážet nad uvedenými ustanoveními zvláštními, popř. omezit jejich aplikaci." Z tohoto důvodu odmítl NSS na posuzovanou věc vztáhnout

vývody Ústavního soudu provedené v nálezu ze dne 24. 1. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 42/2000, jak požadovali navrhovatelé.⁸

Ve vztahu k namítanému nepřípustnému omezení rovnosti volebního práva NSS odkázal na usnesení Ústavního soudu ze dne 8. 12. 1998, sp. zn. ÚS 360/98, týkajícím se vytvoření volebních obvodů v hlavním městě Praze pro komunální volby v roce 1998. Zde ÚS judikoval, že "princip rovnosti nemá absolutní (abstraktní) charakter, jedná se toliko o rovnost relativní. Nelze ji proto ani chápat mechanicky. Obzvláště rovnost volebního práva není nějakým abstraktním principem, dokonce lze mít za to, že se jedná o zvláštní případ rovnosti. Ústavní soud dokonce judikoval, že v určitých případech je přípustné i určité omezení rovnosti volebního práva (...) Právě otázka možné odchylky v počtech obyvatel (voličů) volebního obvodu, resp. v počtech hlasů připadajících na jeden mandát, mezi ně patří. V daném případě je proto třeba vycházet z toho, co je ještě rozumné a ospravedlnitelné, resp. ústavně přijatelné. (...) Jde tedy v podstatě o ústavní hranice přijatelnosti či přibližnosti rovnosti v počtu aktivně legitimovaných obyvatel volebních obvodů ve vztahu k počtu mandátů, resp. o ústavně přijatelnou odchylku v počtech oprávněných občanů potřebných ke zvolení člena zastupitelstva. Např. v počtu obyvatel senátních volebních obvodů je odchylka až 15%, teorie i praxe nicméně uznává, že ještě rozumnou a ospravedlnitelnou odchylkou může být nejvýše až 30%. V posuzované věci je rozdíl, resp. odchylka v počtech hlasů z volebního obvodu potřebných k získání mandátu 12% (tedy odchylka ještě nižší než u senátních volebních obvodů). Ústavní soud proto dospěl k závěru, že uvedená odchylka je ještě rozumná a ospravedlnitelná a nezakládá tak porušení ústavního principu rovnosti volebního práva."

Následně NSS srovnal největší a nejmenší volební obvod (v posuzovaném případě) a konstatoval, že co do počtu obyvatel je mezi nimi rozdíl 8,42 %, co do počtu voličů pak 15,78 %. Dospěl přitom k závěru, že takové odchylky jsou v souladu s kritérii vymezenými Ústavním soudem.

4.2 NÁLEZ ÚSTAVNÍHO SOUDU

Obdobně zdrženlivě si ve svém rozhodování počínal Ústavní soud. Tato "opatrnost" je patrná od prvních řádků meritorní části nálezu, kterou ÚS zahájil pasáží, v níž zdůraznil specifickou povahu volebního soudnictví, jež "přezkumný prostor Ústavního soudu zužuje a posouvá v jeho očích hranici pro možnost konstatování neústavnosti výše."

⁸ Jedná se o nález, kterým Ústavní soud zrušil části zákona o volbách do Parlamentu České republiky, který představoval jeden z produktů tzv. "opoziční smlouvy". Mezi zrušenými bylo mimo jiné ustanovení, na jehož základě se pro volby do Poslanecké sněmovny vytvářelo 35 volebních krajů. ÚS v daném nálezu argumentoval zejména tím, že v důsledku zavedení uvedeného opatření již volební systém do Poslanecké sněmovny přestal vykazovat atributy poměrného systému.

Ve vztahu k návrhu na zrušení části § 27 zákona o volbách do zastupitelstev obcí ÚS konstatoval, že není dána těsná vazba mezi návrhem na provedení kontroly normy a ústavní stížností. Podle ÚS Městský soud v Praze uvedené ustanovení ve věci, která v podání ústavní stížnosti rezultovala, neaplikoval: "Předmětem řízení u tohoto soudu byl přezkum platnosti voleb, nikoliv přezkum rozhodnutí, která volbě předcházela a jen vytvořila podmínky, za nichž volby měly proběhnout a také proběhly." Jinak řečeno, pokud se chtěli stěžovatelé domáhat protiústavnosti daného ustanovení, měli tak učinit již v řízení před NSS, respektive měli proti rozsudku NSS podat ústavní stížnost.

Věcně se tak ÚS zabýval pouze ústavní stížností proti usnesení městského soudu, který rozhodoval o návrhu na vyslovení neplatnosti voleb, dříve k posouzení námitek směřujícím ve své podstatě vůči rozhodnutí pražského zastupitelstva o rozdělení volebního území však ÚS přece jen zcela nezavřel. Konstatoval, že se jimi může zabývat, avšak "jen v rozsahu toho, zda takto nastavená pravidla voleb neovlivnila jejich výsledek do té míry, že by to vedlo k porušení základních práv stěžovatelů." Ústavní soud v této souvislosti zdůraznil, že možnost zastupitelstva vytvořit více volebních obvodů není limitována toliko obsahem ustanovení § 27 zákona o volbách do zastupitelstev obcí, ale i jistými ústavními imperativy (čl. 5 Ústavy, čl. 22 Listiny): "Rozdělení obce na obvody nemůže být předmětem svévolného jednání aktuální většiny obecního zastupitelstva, zvláště s ohledem na fakt, že uvedeným ustanovením část politických soutěžitelů určuje pravidla ostatním účastníkům volební soutěže, kteří jsou v zastupitelském orgánu v menšině, či do tohoto orgánu vůbec nebyli zvoleni."

V návaznosti na uvedené akcentování nepřípustnosti "svévole" v jednání zastupitelstva ÚS rozlišil dvě možné situace (s tím, že každá z nich se vyznačuje odlišným prahem "dostatečné" protiústavnosti): "Jakkoliv mohou být ústavně akceptovány takové případy aplikace § 27 věty druhé návěti odst. 1 zákona o volbách do zastupitelstev, které objektivně mají vliv na výsledek voleb (ve smyslu rozložení mandátů), oproti stavu bez aplikace tohoto ustanovení, a to například posílením většinových účinků volebního systému (stanovení obvodů s nižším počtem obsazovaných mandátů), v případě zjištění a prokázání skrytého úmyslu tímto způsobem ovlivnit výsledek voleb (zastupitelstvem, resp. jeho majoritou), by již v zásadě totožný účinek akceptovatelným nebyl, neboť by byl založen na zneužití práva (podle konkrétních okolností případu)." Jinak řečeno, při prokázání toho, že rozdělením obce na volební obvody byl sledován "ústavně neaprobovatelný účel", bude práh intenzity porušení např. principu rovnosti volebního práva nutný ke konstatování protiústavnosti daného aktu nižší, než v případě, že se nebude jednat o zneužití práva.

Podle ÚS se však stěžovatelům nepodařilo prokázat účelovost postupu pražského zastupitelstva. ÚS odkázal, podobně jako NSS, na oficiálně deklarované důvody přijetí předmětného usnesení. Argumenty stěžovatelů poukazující na konkrétní výsledky voleb, rozdílnou váhu hlasu, zvýšení

přirozeného prahu apod., nepovažoval za dostatečné: "Důkazem o manipulaci proto nemůže být předvídatelný důsledek, ale pouze důkaz, že jediným či převažujícím důvodem takto nastavených pravidel voleb bylo jejich předvídatelné ovlivnění. Takový důkaz stěžovatelé nepřinesli. Jejich argumentační potenciál se totiž pohybuje v kruhu, neboť za důkaz úmyslu ovlivnit volby v neprospěch malých stran vydávají výsledky voleb a v diskuzi před přijetím usnesení o rozdělení Prahy na sedm volebních obvodů v Zastupitelstvu předpokládaný výsledek voleb, ačkoliv tento dopad je výsledkem zákonné možnosti takové opatření učinit."

Negativně zodpověděl ÚS také otázku, zda nedosáhlo rozdělení Prahy na volební obvody intenzity protiústavnosti z objektivního hlediska. Ve vztahu k možnému zásahu do rovnosti volebního práva ÚS odkázal na svou dřívější judikaturu (mimo jiné také na výše reprodukované usnesení, o němž se ve svém rozsudku opřel NSS) a konstatoval, že v posuzovaném případě nebyly překročeny hranice přípustné odchylky ve velikosti obvodů. Co se týče zachování poměrnosti volebního systému, argumentoval ÚS obdobně jako NSS - a sice že zákonodárce pro volby do obecních zastupitelstev zakomponoval do volebního vzorce i další parametry (vedle poměrnosti), a to uzavírací klauzuli a možnost vytvářet volební obvody, přičemž teprve jejich kombinace určuje charakter daných voleb. Podle ÚS zákonodárce zároveň "[v]ytváření volebních obvodů současně limitoval nastavením poměrně přísných podmínek dělení, aby zachoval v duchu prohlášení, učiněného v § 2 zákona o volbách do zastupitelstev, jejich poměrný charakter."

Nutno dodat, že několik soudců ÚS připojilo k nálezu své disenty. Jistě nepřekvapí, že nejostřejší disent uplatnila Eliška Wagnerová. Ta nesouhlasí již s celkovým pojetím nálezu, spočívajícím v perspektivě, že v případě volebního soudnictví se "přezkumný prostor Ústavního soudu zužuje". Wagnerová kritizuje zejména skutečnost, že ÚS nevyhověl návrhu na zrušení části § 27 zákona o volbách do zastupitelstev obcí, jehož protiústavnost je dle ní "do očí bijící". Toto zákonné ustanovení totiž "umožňuje měnit pravidla politické soutěže během hry, což samozřejmě vždy nahrává těm, kdo pro takovou změnu hlasují, resp. ji navrhli, a tudíž se na ni měli i možnost dopředu připravit. Naopak poškozuje ty, kteří, vzhledem k nepočetnému zastoupení, popř. vzhledem k zatímnímu nezastoupení v Zastupitelstvu byli postaveni do role objektu, s nímž bylo manipulováno, a to bez ohledu na jejich zájmy v době, kdy nebylo reálně zvládnutelné volební přípravu způsobit nově konstituovaným a vlastně naoktrojovaným poměrům." Kromě krátké lhůty považuje Wagnerová za problematickou také skutečnost, že v zákoně absentuje vyjádření účelu, který má být rozdělením obce na volební obvody sledován: "Tak se stává jeho interpretace nepřipustně otevřenou ke sledování účelů veskrze různých, tj. je otevřená k výkonu libovůle, kterou však v konání veřejné moci nelze z hlediska ústavního pořádku tolerovat." Vadí ji zejména nedostatečné záruky realizace rovného volebního práva. Wagnerová však jde ještě dál a

zpochybňuje rovněž ústavní konformitu pětiprocentní zákonné uzavírací klauzule, která podle ní nemá - na rozdíl od voleb do Poslanecké sněmovny - v komunálních volbách opodstatnění. Při své kritice si vypomáhá odkazy na německou či americkou judikaturu. K odlišnému stanovisku Wagnerové se připojil František Duchoň.

Další disenty uplatnili Pavel Rychetský a Jan Musil, kteří jsou rovněž toho názoru, že ÚS měl rovnou zrušit i napadenou část § 27 zákona o volbách do zastupitelstev obcí. Rychetský se nadto tvrdě pustil do argumentace většiny ÚS, diferencující dvojí standard intenzity protiústavnosti: "Autoři většinového stanoviska tak formulují závěr, že právní norma nebo jiné rozhodnutí může být protiústavní a současně nevyžadující derogační zásah ÚS, pokud bylo přijato s "dobrymi úmysly" nebo dokonce pokud nebyly prokázány "úmysly zlé". Jsme tak svědky nového referenčního kritéria pro posuzování ústavnosti napadených norem nebo rozhodnutí veřejné moci, které je ovšem zcela nepřijatelné!" Z další řady výtek adresovaných jeho kolegům lze zmínit ještě Rychetského jízlivou poznámku, podle níž je argumentace, že k obdobné situaci došlo i v minulých volbách do pražského zastupitelstva (roky 1998 a 2002), "intelektuálně na úrovni dopadeného zloděje, který se hájí tvrzením "že i jiní kradli a běhají na svobodě"."

5. ZÁVĚR

I když připustíme, že se pražská ODS při přípravě posledních komunálních voleb v české metropoli skutečně určité formy gerrymanderingu dopustila (a autor této práce o tom je přesvědčen), stále zde zůstává otázka, jak se s touto praktikou mají vyrovnat soudy. Jednou věcí totiž je říct, že určitý akt představoval "úcelovou lumpárnu"⁹, druhou věcí je dovozovat, že tato "lumpárna" má mít určité právní konsekvence. Obzvláště ve volební právu nelze přímočaře směřovat právní s morálními, politickými, či jinými hodnotícími kategoriemi. Zde soudy musí velmi pečlivě zvažovat, do jaké míry budou ingerovat do výrazně politických procesů.

Z tohoto hlediska lze v obecné rovině souhlasit se závěry NSS a ÚS, podle nichž je jistá zdrženlivost soudů při přezkumu volebních procesů na místě. Na druhou stranu, nelze se ubránit pocitu, že v daném případě byly české soudy zdrženlivé až příliš. Jak bylo výše ukázáno, zákonná úprava ponechává lokálním politikům široké pole k úcelovým manipulacím s hranicemi volebních obvodů při volbách do zastupitelstev obcí. Nebudou-li jim v tomto ohledu stanoveny určité hranice, bude v budoucnu čím dál častěji docházet k situaci, kdy si voliči budou klást (spolu s autorem výroku

⁹ Takto označil rozdělení Prahy na volební obvody Jiří Dienstbier ml., volební kandidát na primátora Prahy za ČSSD. Viz rozhovor s J. Dienstbierem ml. ze dne 22. 8. 2010, dostupný z <http://www.cssd.cz/inews/video/rozdeleni-prahy-na-volebni-obvody-je-ucelova-lumparna>.

citovaného v disentu E. Wagnerové) otázku: "Why bother stuffing ballots when they can just draw districts?".

Ke stanovení uvedených hranic mohou soudy buď přimět zákonodárce, anebo je vymezit v judikatuře. NSS a ÚS však v rozebíraném případě neučinily ani jedno. ÚS se odmítl zabývat souladem zpochybňovaného ustanovení zákona o volbách do zastupitelstev obcí s ústavním pořádkem s nepříliš přesvědčivým odůvodněním, že nebylo v řízení před městským soudem aplikováno (ke kritice tohoto postupu viz zejména disenty připojené k předmětnému nálezu). Znamená to, že někdy v budoucnu se touto otázkou v jiném případě zabývat bude a snad dospěje i k závěru o protiústavnosti uvedeného ustanovení? Takové řešení situace je značně alibistické a rozhodně neprospívá právní jistotě.

Mantinely stanovené soudy judikatorně jsou také dosti chatrné. Vezměme za příklad části odůvodnění výše rozebíraných rozhodnutí vztahující se k otázce narušení (ústavně garantované) rovnosti volebního práva. ÚS při srovnávání velikosti obvodů a odchylky mezi jednotlivými obvody konstatoval, že "u voleb senátních byla za přijatelnou označena odchylka až 15% s tím, že teorie za ještě rozumnou a ospravedlnitelnou odchylku považuje nejvýše až 30%. Ve volbách komunálních byl za přijatelný, tedy porušení ústavního principu rovnosti volebního práva nezakládající, označen rozptyl v počtu hlasů ve výši 12% (usnesení sp. zn. I. ÚS 360/98, U 74/12 SbNU 545). V posuzovaném případě tato hranice podle žádného z předložených výpočtů překročena nebyla." ÚS tak operuje s odchylkou, kterou zákon stanovuje jako kritérium pro změnu území obvodů pro volby do Senátu, čímž nepřipustně směšuje volby, v nichž se volí naprosto odlišnými způsoby, jejichž logika je nespočetná. Z rozhodnutí ÚS navíc není zcela zřejmé, zda počítá odchylku mezi nejmenším a největším obvodem, anebo mezi nejmenším/největším obvodem a průměrem všech obvodů; ve druhém případě by odchylka mezi největším a nejmenším obvodem byla ještě daleko výraznější. Při takto širokém stanovení přípustné odchylky ve velikosti obvodů se stává soudní přezkum rozdělování obcí na volební obvody spíše formalitou. Domnívám se, že je tomu tak ke škodě věci.

Literature:

- ANTOŠ, Marek. *Principy voleb v České republice*, Praha: Linde, 2008, 192 str., ISBN 978-80-7201-734-8.
- GALDERISI, Peter F. (ed.). *Redistricting in the new millennium*, Lexington Books, 2005, 368 str., ISBN 0739107186.

- CHYTILEK, Roman et al. *Volební systémy*, Praha: Portál, 2009, 375 str., ISBN 978-80-7367-548-6.
- MONMONIER, Marks S. *Bushmanders and Bullwinkles: How Politicians Manipulate Electronic Maps and Census Data to Win Elections*, Chicago, London: The University of Chicago Press, 2010, 216 str., ISBN 978-0226534244.

Contact – email

tomas.blazek@gmail.com

JAK SE PACIENT V ČESKÉ REPUBLICE PODÍLÍ NA VYŘÍZENÍ SVÉ STÍŽNOSTI

KATEŘINA ČERVENÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Autorka se v příspěvku zamýšlí, proč není vyřizování stížností v České republice efektivním způsobem řešení sporů mezi pacientem a lékařem. Poukazuje na to, že hlavním důvodem nespokojenosti pacientů se způsobem vyřízení stížnosti je špatná komunikace a vyřazení pacienta z procesu z jejího vyřizování.

Key words in original language

Pacient, stížnost, zdravotní péče.

Abstract

The author tries to answer the question, why a patient's complaints procedure in the Czech Republic is not an effective way of conflict resolution between a patient and his doctor. The author points out that main reason for patient's dissatisfaction, is his withdrawal from the process of complaint procedure.

Key words

Patient, complaint, health care.

Zákazník nespokojený s poskytovanou službou, dnes již automaticky očekává, že existuje místo či instituce, na kterou se může obrátit pro zjednání nápravy. Také pacient (svého druhu zákazník) toto očekává. A zákon mu to zdánlivě umožňuje. Na základě zákona o veřejném zdravotním pojištění existuje v České republice hned několik míst, na které se může pacient obrátit. Podíváme-li se na § 11 odst. 2, který obsahuje jejich výčet, mohli bychom téměř předpokládat existenci celého rozvinutého systému institucí, které přijímají pacientovi připomínky k péči o jeho zdraví. Na první pohled se systém jeví dokonce jako propracovaný a funkční. Bohužel se však jedná o několik nesystematických možností, které ve skutečnosti pacientovi nepomohou. V následujícím příspěvku bych ráda poukázala na jeden z důvodů, proč tomu tak je.

Co je to stížnost?

Zákon o veřejném zdravotním pojištění umožňuje pacientovi obrátit se na vedoucího nebo zřizovatele zdravotnického zařízení, příslušnou komoru, na zdravotní pojišťovnu, na orgán, který zdravotnické zařízení registroval.¹

V názvu příspěvku je použit pojem "stížnost". Mohlo by tak dojít ke zmatení pojmů a záměně stížností pacientů se stížnostmi, které jsou podávány podle § 175 správního řádu. Nejedná se však o shodné instituty.² Zákon o veřejném zdravotním pojištění v souvislosti s podáním nespokojeného pacienta hovoří o "podání návrhu na přezkoumání" a právu pacienta "obrátit se" na výše zmíněné instituce. S pojmem "stížnost" zákonodárce neoperuje. Běžně se však tento termín používá, protože to, co pacienti skrze tato podání činí, můžeme klasifikovat jako to, co je obvykle chápáno pod pojmem stížnost.

Dalo by se říci, že není třeba diskutovat o tom, co to je stížnost, že je naprosto zřejmé, co je tímto pojmem myšleno. Ale opravdu?

Ze zahraničních studií vyplývá, že neexistuje všeobecně přijímaná definice stížností pacientů.³ Pracovně si můžeme stížnosti obecně nazvat jako vyjádření nespokojenosti s poskytovanou službou, vyžadující odezvu toho, ke komu stížnost směřuje. Zákon o veřejném zdravotním pojištění pouze blíže určuje, že má pacient právo podat stížnost "má-li ... za to, že mu není poskytována náležitá zdravotní péče". V zákoně, ani v důvodových zprávách není uvedeno více k tomu, co to stížnosti jsou, co je jejich cílem a účelem.

Právo pacienta podat stížnost na kvalitu poskytované zdravotní péče by mohlo sloužit hned k několika cílům. Na základě vyřízení stížnosti by mohl pacient získat informace o tom, zda došlo či nedošlo k pochybení při poskytování zdravotní péče, stížnosti by mohly sloužit jako ukazatel kvality zdravotní péče, dále jako podklad pro vylepšení kvality, případně k potrestání těch, kteří pochybili. Vyřízení pacientovy stížnosti by však mělo směřovat také k tomu, aby byly urovnány narušené vztahy mezi pacientem a lékařem.

¹ § 11 zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících předpisů.

² Blíže k rozdílu viz Červená, K.: Stížnosti pacientů a správní řád. Zdravotnictví a právo, č. 6, 2010.

³ Debono, D., Travaglia, J.: Complaints and patient satisfaction: a comprehensive review of the literature. The Centre for Clinical Governance Research in Health. New South Wales, The University of New South Wales, Centre for Clinical Governance Research in Health, 2009, s. 4. Dostupné z: http://www.health.vic.gov.au/clinicalengagement/downloads/pasp/literature_review_patient_satisfaction_and_complaints.pdf

Za současného stavu je bohužel možno konstatovat, že stížnosti neslouží ani k jednomu z uvedených možných cílů. Nyní se pokusím osvětlit zejména to, proč stížnosti pacienta nemohou sloužit k posledně uvedenému cíli - nápravě vztahů mezi lékařem a pacientem.

Zapojení pacienta do vyřizování stížností

V České republice doposud nebyly provedeny výzkumy o tom, jaký vliv má úroveň komunikace lékaře s pacientem na počet podaných stížností, někteří autoři však odhadují, že až "60 až 80 % všech stížností pacientů či jejich příbuzných má své kořeny v nezvládnuté komunikaci"^{4, 5}.

Samotnou příčinou podávané stížnosti je tedy ve většině případů kolaps v komunikaci. A kolaps v komunikaci (nejširším slova smyslu) má pak za následek to, že pacienti nejsou spokojeni s vyřízením své stížnosti. Samotný průběh vyřizování stížnosti tak pacienta nezřídka vede k tomu, aby sáhl po "tvrdších" nápravných prostředcích jako je žaloba. Na následujících řádcích poukazují na několik momentů při vyřizování stížností Českou lékařskou komorou či registrujícím orgánem, kdy pacient má zájem komunikovat a zapojit se do procesu vyřizování stížnosti. Toto zapojení je mu však znemožněno, a zejména z toho znemožnění se odvíjí nespokojenost s celým vyřízením stížnosti. A to i v případě že je proces vyřizování veden velmi objektivně.

Česká lékařská komora

Zákon o České lékařské komoře⁶, k postupu při vyřizování stížností pacientů, téměř mlčí. Veškerá úprava vyřizování stížností je tak soustředěna do disciplinárního řádu České lékařské komory⁷ (dále jen ČLK). Zcela zásadním problémem disciplinárního řádu, resp. zákona o ČLK, na který bylo poukázáno také Nejvyšším správním soudem⁸, je dosud nezodpovězená otázka vztahu těchto dvou předpisů. Nyní ponechám tuto otázku stranou a uvedu, které postupy při vyřizování stížností na základě disciplinárního řádu jsou z pohledu pacienta krajně nepříznivé.

⁴ Prudil, L.: Komunikační selhání při poskytování zdravotní péče. Zdravotnictví a právo, 3-4/2008, s. 29.

⁵ Např. Mach k tomu uvádí: „Tak, jak dobře odebraná anamnéza stanoví diagnózu v 80 % případů, tak kvalitní komunikace s pacientem zabráni v 80 % podání stížnosti, žaloby či trestního oznámení, i kdyby třeba byly oprávněné.“ In Mach, J.: Právní sebeobrana lékaře. Praha: Presstempus. 2003.

⁶ Zákon č. 220/1991 Sb., o České lékařské komoře, České stomatologické komoře a České lékárnické komoře.

⁷ Stavovský předpis č. 4 České lékařské komory, Disciplinární řád České lékařské komory.

⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2010, čj. 3 Ads 74/2010, www.nssoud.cz.

Vyřizování stížností Českou lékařskou komorou (dále jen ČLK) můžeme rozdělit do dvou fází, na tzv. předběžné šetření a samotné disciplinární řízení. V rámci předběžného šetření je zjišťováno, zda je případ v kompetenci ČLK, zda je disciplinární řízení přípustné⁹ a zda existují důvody pro zahájení samotného disciplinárního řízení^{10, 11}. Cílem samotného disciplinárního řízení je poté dojít k rozhodnutí, zda se lékař dopustil disciplinárního provinění a případně i rozhodnout o uložení disciplinárního opatření.¹²

Někteří autoři se domnívají, že disciplinární řád ČLK přiznává pacientovi "paradoxně větší procesní práva než lékaři, proti němuž disciplinární řízení směřuje"¹³ a považuje jeho postavení za "nevídané"¹⁴. Je poukazováno zejména na to, že stěžující si pacient má právo podat námitku o odmítnutí stížnosti, námitku proti rozhodnutí o nezahájení disciplinárního řízení, námitku o přerušení či zastavení disciplinárního řízení či námitku proti rozhodnutí o disciplinárním provinění a uložení sankce.

Tato práva se na první pohled mohou jevit jako poměrně rozsáhlá. Bohužel práva tak, jak jsou nastavena, nejsou pacientovi ve skutečnosti příliš k užitku. Nelze totiž než souhlasit (a uvedený výčet nejdůležitějších oprávnění stěžovatele to pouze potvrzuje), že "stížnosti podávané na členy České lékařské komory nelze vnímat jinak než jako informace stěžovatele (podnět) vůči komoře o možném porušení zákonných a stavovských povinností členy komory, na jejichž základě může, ale nemusí, být zahájeno disciplinární řízení." Jinými slovy, stížnosti jsou považovány za poskytnutí informací, na základě kterých může dojít k potrestání lékaře. Takový postoj však neumožňuje přistupovat ke stížnosti jako k prostředku nápravy narušených vztahů, což je jistě jak v zájmu pacienta, tak lékaře. Pokud by příslušné orgány ke stížnosti a k samotnému pacientovi přistupovali odlišným, komunikaci obnovujícím, způsobem, stížnost by jistě takovým prostředkem mohla být. Zdá se však, že ČLK na tuto možnost (využít stížnost jako prostředku smírného urovnání vztahů svých členů) rezignovala. Je to s podivem, protože samotný disciplinární řád zavádí institut tzv. smírního řízení. Jak však vyplývá ze statistik (viz tabulka níže,

⁹ Podle § 4 odst. 4 je disciplinární řízení nepřípustné, pokud byl skutek promlčen, lékař již není členem komory a pokud o stejném skutku již bylo rozhodnuto pravomocným rozhodnutím.

¹⁰ § 1 odst. 3 písm. a) disciplinárního řádu.

¹¹ Nutno doplnit, že ještě před zahájením předběžného šetření, provádějí orgány komory řadu úkonů (zejména posuzování přípustnosti stížnosti), které jsou důležité jak z pohledu stěžujícího si pacienta tak, z pohledu lékaře.

¹² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. srpna 2009, čj. 4 Ads 59/2009 – 106, www.nssoud.cz.

¹³ Těšinová, J., Žďárek, R., Polícar, R.: *Medicínské právo*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 379.

¹⁴ Tamtéž.

která uvádí počty přijatých stížností a počty stížnost), zůstává toto řízení nevyužito.

Jako ČLK vyřizuje stížnosti¹⁵

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Počet přijatých stížností	1059	1060	1044	1139	1954	1270	1379	1170
Důtka	9	13	13	23	17	18	14	11
Pokuta	2	10	3	7	12	14	16	10
Podmínečné vyloučení	0	1	1	0	1	7	0	1
Vyloučení	0	1	1	0	1	0	1	0
Smírčí řízení	7	23	43	48	3	8	3	11

Pacientova stížnost je nejčastěji brána pouze jako příležitost potrestat lékaře. Nabízí se otázka, zda je vhodné, aby ČLK jako orgán, který je obdařen pravomocí trestat své členy, napomáhal procesu smíření lékaře a pacienta. Aby mohl být proces usmíření úspěšný, je nezbytné, aby v jeho rámci mohly strany svobodně a bez obav z možného postihu hovořit. Tak tomu však není a to je možná důvodem, proč je smírčí řízení tak málo využíváno, a proč se ČLK staví spíše do pozice orgánu trestajícího, nežli smírčího. Jak však vyplývá z tabulky podle množství uložených sankcí, ani trestající roli nezastává ČLK příliš často.

V návaznosti na tento fakt se nabízí další otázka. Je vhodné chtít, aby ČLK své členy trestala? Je obvyklé, že profesní komory mohou trestat své členy. Lze však spravedlivě očekávat, že organizace, která již ze zákona "hájí práva a profesní zájmy svých členů"¹⁶ a "chrání jejich profesní čest"¹⁷, bude mít dostatek síly své členy trestat? Počty uložených sankcí, vyplývající ze statistik naznačují, že stavovská sounáležitost je příliš silná. Zdá se, že by komoře (jako organizaci chránící své členy) mohla lépe "sedět" funkce při napomáhání obnovy vztahu mezi pacientem a lékařem. Je však pravděpodobná a pochopitelná nedůvěra pacienta k těmto snahám ČLK - pacient může a priori předpokládat, že komora není nezávislá a je spíše na straně svého člena.

Odhlédneme-li od nepatrné snahy ČLK urovnávat konflikty mezi svými členy a stěžovateli, existují problémy v procesu udělování sankcí, které způsobují, že stěžovatelé nemohou být spokojeni s vyřízením stížnosti. Vedle toho, že jen málokdy dojde na základě stížnosti k potrestání lékaře (viz tabulka), obrovským problémem je délka řízení. Z pohledu pacienta

¹⁵ Candigliota, Z., Červená, K., Zahumenský, D. a kol.: Ochrana práv pacientů. Návrhy k diskuzi o mimosoudním řešení sporů ve zdravotnictví. Liga lidských práv, Brno, 2010, s. 14.

¹⁶ § 2 odst. 1 písm. c) zákona o ČLK.

¹⁷ § 2 odst. 1 písm. d) zákona o ČLK.

jsou velmi důležité informace o průběhu řízení. V rámci řízení může být zpracována řada posudků, na základě kterých je rozhodováno o dalším nakládání se stížností. Stěžovatelé sice mohou podávat námitky (jejich výčet viz výše) proti rozhodnutím, nemohou se však domoci podkladů pro tato rozhodnutí - posudků..

Je možné se domnívat, že odepírání těchto posudků je v nesouladu zejména s Úmluvou o biomedicině. Ta v druhém odstavci článku 10 výslovně stanoví, že "každý je oprávněn znát veškeré informace shromažďované o jeho zdravotním stavu". Jeví se jako absurdní výklad, na základě kterého je stěžovatelům odepírán posudek s odůvodněním, že se posudek zabývá správností jemu poskytnuté péče a nejedná se tedy o informace o jeho zdravotním stavu. Podle tohoto výkladu se jedná o informace o jednání lékaře, které s informacemi o zdravotním stavu vůbec nesouvisí.

Registrující orgán

Neexistuje zákon, který by výslovně upravoval postup registrujících orgánů při vyřizování stížností¹⁸. Krajské úřady (tyto jsou nejčastěji v roli registrujících orgánů), si proto často vytvářejí vlastní směrnice, které však často nejsou příliš vstřícné k pacientům. Po té, co pacient podá stížnost, úřad obvykle kontaktuje zdravotnické zařízení a posoudí zdravotnickou dokumentaci. Je-li nutné zdravotnickou dokumentaci posoudit z odborného hlediska, je obvykle přizván lékař, buď zaměstnanec krajského úřadu anebo najatý specialista. V tomto bodě obvykle dochází k prvním problémům. Pacienti často požadují informaci o tom, kdo jejich stížnost posuzoval, krajské úřady to s odůvodněním na ochranu osobních údajů lékařů odmítají. Je pochopitelné, že takto odmítnutý pacient, není spokojen. Jednak je pacientovi odepřena informace o tom, kdo nakládá s jeho zdravotnickou dokumentací. Vzhledem k procesu vyřizování stížnosti je však daleko důležitější fakt, že nemůže posoudit nestrannost lékaře posuzujícího lékaře. Toto v jeho očích značně snižuje důvěryhodnost celého stížnostního procesu.

Obdobná situace nastává, pokud krajský úřad zřídí za účelem posouzení stížnosti, posudkovou komisi a ta vydá posudek, na jehož základě je tímto úřadem stížnost vyřízena. Pokud pacient požádá o jména lékařů, kteří jsou členové komise, je opět obvykle neúspěšný. V některých případech je pacientovi odmítán přístup k celému posudku, často se však stává, že posudek je sice poskytnut, jména jsou však začerněna.

Problémem je rovněž samotné jednání posudkové komise. Pacient není k jejímu jednání obvykle přizván. Pokud přizván je, způsob jednání členů

¹⁸ K propletenosti předpisů, které se vztahují na vyřizování stížnosti, viz blíže Červená, K.: Ochrana pacientů. In COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2010.

komise pacientovi nezřídka naznačuje, že právě on je ten, který se dopustil prohřešku.

Závěr

Z výše uvedeného je zřejmé, že zapojení pacienta do procesu vyřizování jeho stížnosti je jednou z velkých příčin, proč pacienti nejsou spokojeni s celkovým vyřízením stížnosti.

Problém však leží ještě hlouběji. Z žádného právního předpisu není patrné, k čemu přesně by mělo vyřizování stížností sloužit, co by mělo být výsledkem vyřízení stížnosti. Jedním z cílů, které by orgány vyřizující stížnosti mohli naplňovat, je nápomoc při nápravě narušených vztahů mezi lékaři a pacienty. Z problémů v komunikaci, se kterými se pacienti během procesu vyřizování stížností potýkají, však vyplývá, že orgány, na které se pacienti obracejí, nejsou tomuto cíli nakloněny. Změna této situace by mohla nastat už samotnou změnou postoje ČLK a krajských úřadů k vyřizování stížností. K výraznějšímu zlepšení však může dojít pouze tehdy, pokud bude přistoupeno ke konceptuálním změnám, ze kterých bude patrný jejich účel, tedy zejména to, zda jsou určeny k potrestání lékařů, či k narovnání vztahů nebo dokonce k účelům jiným.

Literature:

- Těšinová, J., Žďárek, R., Polícar, R.: Medicínské právo. Praha: C. H. Beck, 2011.
- Mach, J.: Právní sebeobrana lékaře. Praha: Presstempus. 2003.
- Červená, K.: Stížnosti pacientů a správní řád. Zdravotnictví a právo, č. 6, 2010.
- Prudil, L.: Komunikační selhání při poskytování zdravotní péče. Zdravotnictví a právo, č. 3-4/2008.
- Candigliota, Z., Červená, K., Zahumenský, D. a kol.: Ochrana práv pacientů. Návrhy k diskuzi o mimosoudním řešení sporů ve zdravotnictví. Liga lidských práv, Brno, 2010.
- Debono, D., Travaglia, J.: Complaints and patient satisfaction: a comprehensive review of the literature. The Centre for Clinical Governance Research in Health. New South Wales, The University of New South Wales, Centre for Clinical Governance Research in Health, 2009, s. 4. Dostupné z:

http://www.health.vic.gov.au/clinicalengagement/downloads/pasp/literature_review_patient_satisfaction_and_complaints.pdf

- Červená, K.: Ochrana pacientů. In COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2010.

Contact – email

Katerina.cervena@centrum.cz

ÚČAST VEŘEJNOSTI NA REGULACI INVAZNÍCH DRUHŮ

HELENA DOLEŽALOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Invazní druhy způsobují nebo mohou způsobit ekonomické či environmentální škody; ohrožují i zdraví lidí. Existuje několik možností, jak se může veřejnost zapojit do jejich regulace; zvláštní význam má činnost nevládních neziskových organizací a informovanost. Zde se však lze setkat s nedostatky. V této souvislosti je zmíněna činnost National Invasive Species Information Center (NISIC), zřízeného za účelem šíření informací týkajících se regulace invazních druhů v USA.

Key words in original language

Účast veřejnosti; invazní druhy; nevládní neziskové organizace; informace, NISIC.

Abstract

The introduction of invasive species causes or is likely to cause economic or environmental harm or harm to human health. There are several ways for the public how to participate in regulation of invasive species; NGOs activity and acquiring and distributing information are of special importance. However, it is not without shortcomings. In this context, the activity of National Invasive Species Information Center (NISIC), which was established to meet the information needs in USA, is mentioned.

Key words

Public participation; invasive species; NGOs; information; NISIC.

1. ÚVOD

Šíření invazních nepůvodních druhů rostlin, živočichů a mikroorganismů je způsobeno zejména mezinárodním obchodem, turistikou a celkovou globalizací. Negativní vlivy tohoto jevu zahrnují nejen úbytek biodiverzity, ale i škody v zemědělství a lesnictví, a také ohrožení zdraví. Způsobované škody jsou značné, stejně jako prostředky vynakládané na snížení dopadu invazních druhů. Podmínkou úspěchu ve snaze omezit šíření těchto druhů je koordinace jednotlivých činností a zúčastněných subjektů, prevence, a zejména včasnost a vhodnost použitých postupů.

Invazní nepůvodní druhy představují závažnou hrozbu zejména pro biodiverzitu, a proto je jejich problematika předmětem úpravy obecné ochrany druhů rostlin a živočichů v režimu zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění novel. Všechny fyzické i právnické

osoby mají stanovené povinnosti za účelem zabránění nadměrnému úhynu rostlin nebo živočichů nebo ničení jejich biotopů. Na tento problém se vztahují i další právní předpisy; tuto úpravu nelze jako celek označit za dostatečnou, provázanou a vhodně koncipovanou.

Způsobů, jak se může veřejnost podílet na regulaci invazních druhů rostlin a živočichů (kromě plnění výše uvedené povinnosti), je poměrně dost. Než se budu těmito možnostmi zabývat, považuji za vhodné věnovat se definicím a pojetí pojmů invazní druh a regulace. Poté se zaměřím na vybrané způsoby účasti veřejnosti, přičemž zmíním problémy v praxi. Podmínkou vhodného postupu při regulaci invazních nepůvodních druhů je dostatek relevantních informací, a proto porovnám možnosti získat tyto informace v České republice a USA, kde je problematice šíření invazních druhů věnována značná pozornost.

2. DEFINICE

Pojmy uvedené v názvu příspěvku nemají jednomyslně přijímané definice a lze je vykládat různými způsoby. Následující vymezení pojmů invazní druh a regulace tedy není jediné možné.

2.1 INVAZNÍ¹ DRUH

V České republice není tento pojem definován, pouze v § 10 zákona č. 326/2004 Sb., o rostlinolékařské péči a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění novel, je uvedeno, že "*invazním škodlivým organismem se rozumí škodlivý organismus v určitém území nepůvodní, který je po zavlečení a usídlení schopen v tomto území nepříznivě ovlivňovat rostliny nebo životní prostředí včetně jeho biologické různorodosti*".

Porovnáním této definice s definicí v USA, obsaženou v *Executive Order 13112 of February 3, 1999 - Invasive Species*², která invazními druhy rozumí ty nepůvodní druhy, jejichž introdukce způsobuje nebo může způsobit ekonomické nebo environmentální škody nebo škody na lidském zdraví, jsem dospěla k závěru, že pro účely účasti veřejnosti na regulaci invazních druhů by bylo vhodnější zmínit i jiné než environmentální vlivy, neboť sama biodiverzita není pro všechny hodnotou hodnou ochrany (lze se setkat i s názorem, že "*pro ekologa je ... (vyhynutí druhu) ... pozitivním*

¹ k používání pojmů "invazní" a "invazivní" blíže: Návrh české terminologie vztahující se k rostlinným invazím. Zprávy Čes. Bot. Společ., Praha, 43, Mater. 23: 219–222, 2008 [Cit. 26.4.2011] Dostupné z [www: <http://www.ibot.cas.cz/invasions/pdf/Pysek%20et%20al_slovnicek%20invaze_ZCBS2008.pdf>](http://www.ibot.cas.cz/invasions/pdf/Pysek%20et%20al_slovnicek%20invaze_ZCBS2008.pdf)

² *Executive Order 13112 of February 3, 1999 - Invasive Species* [Cit. 26.4.2011] Dostupné z [www: <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=1999_register&docid=99-3184-filed.pdf>](http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=1999_register&docid=99-3184-filed.pdf)

jevem – kdyby totiž k průběžnému vymírání druhů od počátku světa nedocházelo, evoluce by se zastavila. Vymírání uvolňuje prostor, který příroda následně vyplní nově vzniklými druhy".³⁾

2.2 REGULACE

Mnohem složitější je vymezit pojem regulace. V podstatě ho lze chápat v užším a širším smyslu, tedy buď pouze jako pravidla vydaná státem (jednotlivá práva a povinnosti, sankce apod.) nebo jako jakýkoli mechanismus kontroly a vlivu, kam lze zahrnovat prevenci, monitoring, omezení, likvidaci atd.

Nejčastěji bývá regulace pojímána jako proces zaměřený na změnu aktivit, chování, uspořádání, který je systematický, institucionalizovaný, prováděný ve veřejné sféře, avšak není výsadou státu.⁴

Nestačí tedy odpovědět na otázku, jak regulovat, ale i co regulovat, zda jen samotné invazní druhy, nebo i způsoby jejich šíření, které mohou být jak přirozené, tak i způsobené lidmi (ty lze dělit na záměrné a neúmyslné), a také na otázku, zda je regulace prováděna pouze státem nebo i nestátními subjekty.⁵

V tomto příspěvku regulaci pojímám spíše v širším smyslu ve všech výše uvedených aspektech.

3. ÚČAST VEŘEJNOSTI

Regulace invazních druhů bez účasti veřejnosti by byla pro stát velice obtížný a prakticky nesplnitelný úkol. Je však otázkou, zda jsou možnosti této účasti dostatečně a vhodně upraveny, aby mohly být efektivně realizovány.

3.1 FORMY ÚČASTI VEŘEJNOSTI NA OCHRANĚ ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

Následující uvedené způsoby účasti veřejnosti při ochraně a tvorbě životního prostředí lze z pohledu jejich využití při regulaci invazních druhů rozdělit na ty, které jsou využitelné pouze hypoteticky, dále na ty, o jejichž využití lze v určitých případech uvažovat, a na naprosto zásadní způsoby. Poslední skupině se dále budu věnovat podrobněji.

³ Brezina, I.: Zelená apokalypsa : Průvodce ekostrachem přelomu milénia, s. 401

⁴ Barton, B. et al. (eds): Regulating Energy and Natural Resources, s. 8

⁵ Young, T. R.: National and Regional Legislation for Promotion and Support to the Prevention, Control, and Eradication of Invasive Species, Washington, D.C.: The World Bank Environment Department, 2006, s. 3 - 4 [Cit. 26.4.2011] Dostupné z [www: <http://www.gisp.org/publications/Brochures/Worldbank108.pdf>](http://www.gisp.org/publications/Brochures/Worldbank108.pdf)

Obecně lze životní prostředí chránit prostřednictvím realizace práva sdružovacího (zaručeného článkem 20 Listiny základních práv a svobod - dále jen LZPS), shromažďovacího (čl. 19 LZPS) a práva podílet se na správě věcí veřejných (čl. 21 odst. 3 LZPS), výkonem práva petičního (čl. 18 LZPS), realizací práva na informace o životním prostředí (čl. 17 a 35 LZPS), podáváním podnětů a stížností, účastí jak v řízeních vedených správními orgány, které nemají podobu správního řízení, jak i účastí ve správním řízení, popř. v občanskoprávním řízení. Dalšími možnostmi jsou účast institucionálního charakteru (zejména stráže), uzavírání dohod (např. podle § 68 odst. 2 zákona č. 114/1992 Sb.) a jiné formy spolupráce se správními úřady (např. při přípravě návrhů právních předpisů).⁶

3.1.1 NEVLÁDNÍ NEZISKOVÉ ORGANIZACE A OPŽP

Naprosto nezastupitelnou roli v regulaci invazních druhů hrají nevládní neziskové organizace, jejichž prostřednictvím lze realizovat výše uvedené právo sdružovací. Tyto právnické osoby mohou být státem finančně podpořeny, např. dotacemi na předcházení zavlékání, regulaci a likvidaci populací invazních druhů rostlin a živočichů z projektů Operačního programu životního prostředí. V rámci prioritní osy 6 (zlepšování stavu přírody a krajiny), oblasti podpory 6.2 (podpora biodiverzity), mohou být takto podpořena občanská sdružení (podle zákona č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů, ve znění novel), obecně prospěšné společnosti (podle zákona č. 248/1995 Sb., o obecně prospěšných společnostech a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění novel), nadace a nadační fondy (podle zákona č. 227/1997 Sb., o nadacích a nadačních fondech a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění novel) a církve a náboženské společnosti (podle zákona č. 3/2002 Sb., o svobodě náboženského vyznání a postavení církví a náboženských společností a o změně některých zákonů - zákon o církvích a náboženských společnostech, ve znění novel). Nejsou však jedinými subjekty, které mohou být podpořeny v rámci této oblasti.⁷

Mezi základní podmínky poskytnutí dotace patří souhlas vlastníka s realizací projektu na jeho pozemku a to, že umožní příjemci podpory zajistit udržitelnost projektu po dobu nejméně deseti let od jeho realizace. Dále nesmí jít o úhradu kompenzačních a nápravných opatření a opatření náhradních uložených rozhodnutím orgánu státní správy. Problematiku je nutné řešit komplexně v uceleném území. Souhlas vlastníka lze nahradit postupem podle § 68 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny,

⁶ Jančářová, I.: Účast veřejnosti při ochraně životního prostředí, s. 26 - 124

⁷ Implementační dokument OP Životní prostředí 2007 – 2013 [Cit. 19.4.2011] Dostupné z [www: <http://www.opzp.cz/soubor-ke-stazeni/32/9660-ID%20verze%202_12_2010_prijate%20zmeny.pdf>](http://www.opzp.cz/soubor-ke-stazeni/32/9660-ID%20verze%202_12_2010_prijate%20zmeny.pdf)

ve znění novel, pouze je-li žadatelem orgán ochrany přírody. Z podpory je vyjmuto území hlavního města Prahy.

3.1.2 DOHODY PODLE § 68 Odst. 2 ZÁKONA Č. 114/1992 SB.

V § 68 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění novel, jsou upravena opatření ke zlepšování přírodního prostředí. Písemné dohody k provádění péče o pozemky z důvodů ochrany přírody mohou být uzavřeny mezi orgány ochrany přírody či obcemi a vlastníky či nájemci pozemků. K uskutečnění těchto záměrů lze vlastníkům nebo nájemcům dotčených pozemků poskytnout finanční příspěvek za podmínek stanovených v § 69 zákona o ochraně přírody a krajiny. Relativní povinnost zlepšovat podle svých možností stav dochovaného přírodního a krajinného prostředí za účelem zachování druhového bohatství přírody a udržení systému ekologické stability ukládá vlastníkům a nájemcům pozemků zákon o ochraně přírody a krajiny v odstavci 1 § 68 zákona o ochraně přírody a krajiny.

Vzhledem k nejistotě poskytnutí příspěvku, náročnosti opatření v případě likvidace invazních druhů, a zejména k absenci sankce za nesplnění uvedené povinnosti nelze tento způsob považovat za efektivní (účinnější v těchto případech pravděpodobně bude až donucení v rámci zvláštních zákonů, ke kterému se však přistupuje pouze v určitých případech).

3.1.3 MYSLIVECKÁ STRÁŽ

Poměrně kontroverzním tématem je určení subjektů, které jsou oprávněny usmrcovat invazní druhy živočichů. Podle § 14 odst. 1 písm. f) zákona č. 449/2001 Sb., o myslivosti, ve znění novel, je myslivecká stráž oprávněna *"usmrcovat mývala severního, psíka mývalovitého, norka amerického nebo nutрии říční a další vyhláškou stanovené zavlečené druhy živočichů v přírodě nežádoucí"*. Proti sobě stojí odlišné názory na to, zda jsou k této činnosti oprávněni i držitelé loveckých lístků včetně mysliveckého hospodáře.

JUDr. Ing. Vladimír Čechura tvrdí⁸, že zavlečené druhy v přírodě nežádoucí může usmrcovat každý držitel loveckého lístku (v honitbě, kde je oprávněn lovit zvěř), a to podle § 42 odst. 1 zákona o myslivosti, jehož druhá věta zní *"Pokud orgán ochrany přírody rozhodne o odlovu živočichů, kteří nejsou zvěří, může tento odlov provést za stanovených podmínek osoba oprávněná podle tohoto zákona (držitel loveckého lístku)"*. Výkladové potíže, které působí vzájemná spojitost ustanovení § 14 odst. 1 písm. f), § 35 odst. 3 písm. e) a § 42 odst. 1 věty druhé, vysvětluje s poukazem na jejich vznik

⁸ Čechura, V. Odstřel živočichů v přírodě nežádoucích [Cit. 19.4.2011] Dostupné z www.myslivost.cz/Poradny/Pravni-poradna/odstrel-zivocichu-v-priode-nezadoucich.aspx

během projednávání návrhu zákona o myslivosti a jeho novelizaci zákonem č. 59/2003 Sb.:

1. Označení zvířat vyjmenovaných v § 14 odst. 1 písm. f) zákona o myslivosti za zavlečené živočichy v přírodě nežádoucí považuje za legislativní nedostatek; definice tohoto pojmu by měla být uvedena v § 2 zákona o myslivosti, aby na něj bylo možné odkazovat.
2. Zmocnění pro prováděcí vyhlášku v ustanovení § 14, konkretizované v § 68 zákona o myslivosti jako vyhláška Ministerstva zemědělství v dohodě s Ministerstvem životního prostředí, je také nevhodně legislativně uvedeno.
3. Účelem pozměňovacího návrhu, včleněného do § 42 odst. 1, bylo umožnění usmrcovat živočichy uvedené v zákoně a v budoucí vyhlášce každým držitelem loveckého lístku, ovšem znění § 42 odst. 1 věty druhé zákona o myslivosti není provázané s ostatními ustanoveními zákona (např. pojmy nejsou jednotné, nesprávně je uveden odlov namísto usmrcování atd.). Záměr změny tedy nebyl vhodně vyjádřen.
4. Vypuštění písmena f) v § 35 odst. 3 písm. e) zákona o myslivosti bylo odůvodněno nadbytečností tohoto odkazu, neboť myslivecký hospodář musí být držitelem loveckého lístku. Ovšem v úvodu ustanovení § 35 odst. 1 písm. e) zákona o myslivosti je výčet zvířat, které myslivecký hospodář může usmrcovat, v němž je uvedeno i "*další zvířata škodlivá myslivosti*", což je pojem používaný předchozím zákonem o myslivosti pro zvířata nyní uvedená v § 14 odst. 1 písm. f) zákona.
5. Vazba oprávněnosti usmrcovat živočichy uvedené v § 14 odst. 1 písm. f) zákona o myslivosti na oprávnění lovit je složité a málo přesvědčivé odvoditelná. Osobě pohybující se po honitbě se střelnou zbraní bez povolenky k lovu pouze za účelem usmrcování uvedených živočichů hrozí sankce uvedené v zákoně o myslivosti.

Opačný názor, tedy že odlov v přírodě nežádoucích živočichů, kteří nejsou zvěří ve smyslu § 14 zákona o myslivosti, může bez dalšího v rámci své pravomoci provádět pouze myslivecká stráž, zastává odbor legislativní a odbor zvláště chráněných částí přírody Ministerstva životního prostředí s odůvodněním, že ustanovením § 42 odst. 1 zákona o myslivosti není orgánu ochrany přírody přímo založena kompetence k rozhodování o odlovu živočichů, kteří nejsou zvěří.⁹

⁹ Sdělení odboru legislativního a odboru zvláště chráněných částí přírody k problematice rozhodování orgánů ochrany přírody o odlovu živočichů, kteří nejsou zvěří, podle § 42 odst. 1 zákona o myslivosti [Cit. 19.4.2011] Dostupné z [www: <http://www.beck-online.cz/legalis/documentview.seam?type=html&documentId=oz5f6mrqga4f6mjwl5zv65tfnv5haljq&conversationId=347731#selected-node>](http://www.beck-online.cz/legalis/documentview.seam?type=html&documentId=oz5f6mrqga4f6mjwl5zv65tfnv5haljq&conversationId=347731#selected-node)

Z výše uvedeného vyplývá, že by bylo žádoucí změnit uvedenou stávající právní úpravu tak, aby se jednoznačně rozšířil okruh subjektů oprávněných usmrcovat invazní druhy živočichů. To je také příležitost pro další možnost účasti veřejnosti na jejich regulaci, a to v rámci přípravy návrhů právních předpisů.

4. INFORMACE

Dostupnost, dostatek a správnost informací jsou podmínkami účinné regulace invazních druhů, která zahrnuje značné množství činností, v rámci nichž fyzické a právnické osoby buď plní povinnosti vyplývající z obecně závazných právních předpisů či z individuálních správních aktů, a nebo tak činí dobrovolně v zájmu ochrany veřejných zájmů. Situace v České republice není v tomto směru ideální.

4.1 MOŽNOSTI ZÍSKÁVÁNÍ INFORMACÍ TÝKAJÍCÍCH SE REGULACE INVAZNÍCH DRUHŮ V ČESKÉ REPUBLICE

Těchto možností je poměrně dost, avšak značně se liší rozsahem a odbornou úrovní poskytovaných informací. Zásadním nedostatkem je jejich rozptýlenost a neprovázanost. Lze se setkat i s naprosto zavádějícími informacemi. Následující výčet zdrojů informací o regulaci invazních druhů je řazen vzestupně podle množství informací, které lze získat; zaměřila jsem se na elektronické zdroje s ohledem na nedostatek tištěných publikací zabývajících se předmětnou problematikou.

4.1.1 MINISTERSTVO ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

Na webových stránkách Ministerstva životního prostředí lze nalézt stránku věnovanou invazním druhům. Nejprve jsou tyto druhy charakterizovány, a poté jsou uvedena rizika jejich rozšiřování, což je doplněno několika příklady těchto druhů.¹⁰

4.1.2 STÁTNÍ ROSTLINOLÉKAŘSKÁ SPRÁVA

Publikace Státní rostlinolékařské správy (dále jen SRS) "*Stručná charakteristika regulovaných druhů invazních rostlin*"¹¹ obsahuje výčet povinností fyzických a právnických osob ve vztahu k invazním (regulovaným) druhům rostlin, povinností a pravomocí Státní rostlinolékařské správy ve vztahu k těmto druhům, povinností vyplývajících z jiných předpisů, opatření proti šíření těchto druhů a dotací na jejich

¹⁰ Invazní druhy [Cit. 26.4.2011] Dostupné z [www: <http://www.mzp.cz/cz/invazni_druhy>](http://www.mzp.cz/cz/invazni_druhy)

¹¹ Stručná charakteristika regulovaných druhů invazních rostlin [Cit. 26.4.2011] Dostupné z [www: <http://eagri.cz/public/web/file/99848/Invazni_rostliny.pdf>](http://eagri.cz/public/web/file/99848/Invazni_rostliny.pdf)

likvidaci, jakož i výčet jednotlivých invazních druhů rostlin včetně jejich vyobrazení.

4.1.3 DAISIE

Delivering Alien Invasive Species Inventories for Europe (DAISIE) je projektem Oddělení ekologie invazí Botanického ústavu Akademie věd ČR v Průhonicích. Cílem tohoto projektu bylo vytvoření katalogu všech v Evropě invazních suchozemských, sladkovodních a mořských druhů rostlin a živočichů. Seznam by měl poskytovat základ pro prevenci a kontrolu biologických invazí skrz porozumění environmentálním, sociálním, ekonomickým a dalším relevantním faktorům. Dále by měl stanovit a shrnout ekologická, ekonomická a zdravotní rizika a dopad nejvíce rozšířených a/nebo škodlivých invazních druhů v Evropě, a konečně použít data o výskytu druhů spolu se zkušenostmi zúčastněných států jako základ pro výběr indikátorů pro systém včasného varování.¹²

4.1.4 NEVLÁDNÍ NEZISKOVÉ ORGANIZACE

V České republice lze nejvíce informací o invazních druzích a možnostech jejich regulace nalézt na stránkách nevládních neziskových organizací zaměřených na ochranu přírody. Výběr je poměrně pestrý a rozsah poskytovaných informací značný (od seznamů invazních druhů, přes výčet možností jejich regulace, odkazů na relevantní literaturu a další informační zdroje, možnosti financování opatření proti těmto druhům po přehled souvisejících právních předpisů), avšak lze se setkat i s nedostatečnými nebo nesprávnými informacemi.¹³

4.2 NATIONAL INVASIVE SPECIES INFORMATION CENTER

Vzhledem k tomu, že se pravděpodobně bude stále zvyšovat vliv invazních druhů, jejich dopad i související náklady¹⁴, považují za vhodné porovnat možnosti získávání informací o způsobech řešení tohoto problému v zemích, které jsou nuceny zabývat se jím intenzivněji.

USA je příkladem ekonomicky rozvinuté země, ve které se následkem mezinárodního obchodu a dalších aktivit rozšířily invazní druhy do té míry, že způsobují značné škody v mnoha oblastech.

¹² Oddělení ekologie invazí. Projekty [Cit. 26.4.2011] Dostupné z [www: <http://www.ibot.cas.cz/invasions/projects_cz.htm>](http://www.ibot.cas.cz/invasions/projects_cz.htm)

¹³ např.: Ilustrativní příklady [Cit. 26.4.2011] Dostupné z [www: <http://www.jarojaromer.cz/invaze/?page_id=14>](http://www.jarojaromer.cz/invaze/?page_id=14)

¹⁴ McManis, Ch. R.: Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge, s. 45 - 46

National Invasive Species Information Center (NISIC), založené v roce 2005, by mělo na svých webových stránkách zprostředkovávat informace o invazních druzích a o postupech proti jejich šíření, a to na všech úrovních (mezinárodní, federální, státní a místní). Na jednom místě jsou tak soustředěny seznamy invazních vodních, rostlinných a živočišných druhů, mikrobů, dále přehled ekonomických dopadů, zákonů a právních předpisů vydaných na všech úrovních, nástrojů a prostředků regulace invazních druhů, a také relevantní literatury a dalších informačních zdrojů.¹⁵

V Evropě dosud nejsou sjednoceny aktivity různých institucí zabývajících se invazními druhy, a proto se objevují úvahy o vytvoření evropského centra, zaměřeného na management invazních druhů.¹⁶

5. ZÁVĚR

Lze předpokládat, že s ekonomickým rozvojem budou invazní druhy představovat v České republice stále větší problém. Jednou z možností, jak omezit jejich negativní působení, je zapojení co nejširšího okruhu subjektů zejména do prevence šíření těchto druhů. Relevantní právní úprava však žádoucí postup v mnoha případech ztěžuje či znemožňuje, a to zejména proto, že není dostatečná a vzájemně provázaná. Stejně tak není koordinovaná činnost různých subjektů, jejichž činnost je na regulaci invazních druhů zaměřena. Potřebné informace, které jsou naprosto nezbytné pro vhodný a efektivní postup, je jednak poměrně obtížné získat, a také jsou často nedostatečné či sporné.

Určitou inspirací pro zlepšení této situace je činnost National Invasive Species Information Center v USA, kde šíření invazních druhů představuje mnohem větší problém, a proto je mu věnována adekvátní pozornost. Všechny potřebné informace (včetně relevantních právních předpisů) jsou soustředěny do jednoho centra, což umožňuje jednodušší přístup k nim, a tedy efektivnější postup proti šíření invazních druhů. Iniciativu o vytvoření podobného centra v Evropě lze jen přivítat; mohla by se zvýšit informovanost o negativních vlivech těchto druhů a tím i zájem o změnu chování těch, kteří mohou jejich šíření zabránit nebo je omezit. To by v konečném důsledku snížilo jak prostředky vynakládané na regulaci nepůvodních invazních druhů, tak i škody těmito druhy způsobované.

¹⁵ National Invasive Species Information Center [Cit. 26.4.2011] Dostupné z [www: <http://www.invasivespeciesinfo.gov/>](http://www.invasivespeciesinfo.gov/)

¹⁶ Hulme, P. E., Pyšek, P., Nentwig, W. & Vilà M. 2009. Will threat of biological invasions unite the European Union? *Science* 324: 40-41. [Cit. 26.4.2011] Dostupné z [www: <http://www.sciencemag.org/content/324/5923/40.summary>](http://www.sciencemag.org/content/324/5923/40.summary)

Literature:

- Barton, B. et al. (eds): *Regulating Energy and Natural Resources*, Oxford: Oxford University Press, 2006, 437 s., ISBN 9780199299874
- Brezina, I.: *Zelená apokalypsa: Průvodce ekotrachem přelomu milénia*, Praha: Centrum pro ekonomiku a politiku, 2009, 435 s., ISBN 9788086547763
- Jančářová, I.: *Účast veřejnosti při ochraně životního prostředí*, Brno: Masarykova univerzita, 2002, 153 s., ISBN 8021029471
- McManis, Ch. R.: *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, London: Earthscan, 2009, 484 s., ISBN 9781844078165

Elektronické zdroje:

- Čechura, V. Odstřel živočichů v přírodě nežádoucích [Cit. 19.4.2011]
Dostupné z www: <<http://www.myslivost.cz/Poradny/Pravni-poradna/odstrel-zivocichu-v-prirode-nezadoucich.aspx>>
- Hulme, P. E., Pyšek, P., Nentwig, W. & Vilà M. 2009. Will threat of biological invasions unite the European Union? *Science* 324: 40-41. [Cit. 26.4.2011] Dostupné z www: <<http://www.sciencemag.org/content/324/5923/40.summary>>
- Young, T. R.: *National and Regional Legislation for Promotion and Support to the Prevention, Control, and Eradication of Invasive Species*, Washington, D.C.: The World Bank Environment Department, 2006, s. 3 - 4 [Cit. 26.4.2011] Dostupné z www: <<http://www.gisp.org/publications/Brochures/Worldbank108.pdf>>
- Executive Order 13112 of February 3, 1999 - Invasive Species [Cit. 26.4.2011] Dostupné z www: <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=1999_register&docid=99-3184-filed.pdf>
- Ilustrativní příklady [Cit. 26.4.2011] Dostupné z www: <http://www.jarojaromer.cz/invaze/?page_id=14>

- Implementační dokument OP Životní prostředí 2007 – 2013 [Cit. 19.4.2011] Dostupné z www: <http://www.opzp.cz/soubor-ke-stazeni/32/9660-ID%20verze%202_12_2010_prijate%20zmeny.pdf>
- Invazní druhy [Cit. 26.4.2011] Dostupné z www: <http://www.mzp.cz/cz/invazni_druhy>
- Návrh české terminologie vztahující se k rostlinným invazím. Zprávy Čes. Bot. Společ., Praha, 43, Mater. 23: 219–222, 2008 [Cit. 26.4.2011] Dostupné z www: <http://www.ibot.cas.cz/invasions/pdf/Pysek%20et%20al_slovnicek%20invaze_ZCBS2008.pdf>
- National Invasive Species Information Center [Cit. 26.4.2011] Dostupné z www: <<http://www.invasivespeciesinfo.gov/>>
- Oddělení ekologie invazí. Projekty [Cit. 26.4.2011] Dostupné z www: <http://www.ibot.cas.cz/invasions/projects_cz.htm>
- Sdělení odboru legislativního a odboru zvláště chráněných částí přírody k problematice rozhodování orgánů ochrany přírody o odlovu živočichů, kteří nejsou zvěří, podle § 42 odst. 1 zákona o myslivosti [Cit. 19.4.2011] Dostupné z: <<http://www.beck-online.cz/legalis/document-view.seam?type=html&documentId=oz5f6mrqga4f6mjwl5zv65tfnv5haljq&conversationId=347731#selected-node>>
- Stručná charakteristika regulovaných druhů invazních rostlin [Cit. 26.4.2011] Dostupné z www: <http://eagri.cz/public/web/file/99848/Invazni_rostliny.pdf>

Contact – email

Helena.Dolezalova@mail.muni.cz

NIEKOĽKO POZNÁMOK K POVINNÉMU ZVEREJŇOVANIU ZMLÚV V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

MARTIN DUFALA

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská
republika

Abstract in original language

Autor sa v článku zaoberá novou právnou úpravou, ktorá zavádza povinnosť zverejňovať v určenom/centrálnom registri zmluvy, ktoré uzavreli povinné subjekty a ktoré sa týkajú používania verejných prostriedkov/financií a nakladania s majetkom štátu, s majetkom obcí a vyšších územných celkov/samosprávy alebo nakladania s finančnými prostriedkami Európskej únie. Relatívne rýchlo prijatá právna úprav však spôsobuje nejasnosti a viaceré aplikačné problémy, s ktorými sa musia povinné subjekty vysporiadať. V článku je snaha poukázať na niektoré z nedostatkov právnej úpravy.

Key words in original language

uzatváranie zmlúv, register, verejné financie

Abstract

The article deals with new Slovak legislation by which duty to disclose contracts entered into by given subjects has been introduced. Contracts of these subjects relating to the use of public resources and to disposal with state property, the property of municipalities and local authorities or to disposal with funds of the European Union must be disclosed in Central Register of Contracts. However, relatively quickly adopted legislation causes several uncertainties and number of application problems, which must be dealt by mandatory subjects. The article shall focus on current imperfections of the legislation.

Key words

disclosure of contract, register, public resources

Úvod

Participácia osôb na správe vecí verejných nemusí zahŕňať len priamu účasť osôb na správe štátu alebo územnej samospráve (využitie aktívneho a pasívneho volebného práva, výkon volených a iných verejných funkcií – čl. 30 Ústavy Slovenskej republiky). Jedna z možností participácie osôb na správe vecí verejných je aj kontrola, resp. možnosť kontroly použitia verejných prostriedkov a nakladania s verejným majetkom. A keďže prostredníctvom platenia daní a poplatkov do štátneho rozpočtu prispieva každá fyzická osoba a právnická osoba, je v ich v záujme byť informovaný

o tom, ako sa nakladá s verejnými prostriedkami a verejným majetkom a ako hospodárne prípadne nehospodárne sa verejné prostriedky využívajú.

Takáto príležitosť sa v Slovenskej republike, samozrejme okrem iných možností, naskytla v súvislosti so zmenou právnej úpravy účinnnej od 1. januára 2011. Prijatím zákona č. 546/2010 Z. z., ktorým sa dopĺňa zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony bola zavedená povinnosť povinného zverejňovania zmlúv. Zdanlivo jednoduché slovné spojenie „povinné zverejňovanie zmlúv“ v sebe skrýva cieľ, ktorý si stanovila vláda Slovenskej republiky už vo svojom programovom vyhlásení: „Vláda SR bude presadzovať zverejnenie všetkých zmlúv, faktúr a finančných transakcií týkajúcich sa verejných zdrojov na internete ako podmienku ich účinnosti. Vláda SR tiež zverejní také obchodné zmluvy, kde zmluvnou stranou je štát, orgány verejnej správy a obchodné spoločnosti so 100 % podielom štátu, ktoré boli uzatvorené v minulosti.“¹ O ozrejmienie tejto problematiky spolu s poukázaním na niektoré nedostatky sa pokúsi nasledujúci článok.

1 Právna úprava de lege lata

Zavedenie povinného zverejňovania zmlúv je založené na princípe, že zmluvy, o ktorých to ustanovuje zákon, nadobudnú účinnosť až v deň nasledujúci po dni jej zverejnenia.

Táto zmena si vyžiadala novelizáciu troch právnych predpisov:

1. zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Občiansky zákonník“),
2. zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Obchodný zákonník“),
3. zákona č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o slobode informácií) v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o slobode informácií“).

Do Občianskeho zákonníka pribudlo ustanovenie § 47a, ktoré hovorí o účinnosti povinne zverejňovaných zmlúv. Tieto nadobúdajú účinnosť dňom nasledujúcim po dni ich zverejnenia. Samozrejme, zmluvné strany si môžu dohodnúť aj neskorší dátum účinnosti zmluvy ako dňom jej zverejnenia. Z tohto pravidla sú ustanovené aj výnimky – ak je zmluva uzavretá na účely odstránenia následkov mimoriadnej udalosti bezprostredne ohrozujúcej život, zdravie, majetok alebo životné prostredie,

¹ Občianska zodpovednosť a spolupráca – Programové vyhlásenie vlády Slovenskej republiky na obdobie rokov 2010 – 2014, str. 5.

je účinná bez zverejnenia. Rovnako je bez zverejnenia účinné aj ustanovenie zmluvy, ktoré obsahuje informáciu, ktorá sa podľa osobitného zákona nesprístupňuje.² Za dôležité považujem aj ďalšie ustanovenie Občianskeho zákonníka, podľa ktorého nezverejnenie zmluvy v lehote do troch mesiacov od uzavretia zmluvy znamená, že k uzavretiu zmluvy nedošlo, a teda zmluva nevznikla. Ustanovenia zmluvy dojednanej na dobu neurčitú, ktorej predmetom je záväzok na nepretržitú alebo opakovanú činnosť, alebo záväzok zdržať sa určitej činnosti alebo strpieť určitú činnosť, ktoré vylučujú možnosť vypovedať zmluvu, sú neplatné.

Zmena v Obchodnom zákonníku nebola rozsiahla, týka sa informácií, ktoré sú pri uzavretí zmluvy označené ako dôverné. Platné ustanovenie Obchodného zákonníka zakazuje ich poskytnutie alebo prezradenie tretej osobe. Avšak novelou bolo doplnené ustanovenie, podľa ktorého v prípade uzavretia zmluvy, ktorá má byť povinne zverejnená, sa informácie označené ako dôverné nepovažujú na účely zverejnenie ako dôverné.

Najrozsiahlejšia zmena sa dotkla zákona o slobode informácií. Ustanovenia § 5a a 5b sa týkajú samotných povinne zverejňovaných zmlúv. Zákon v týchto ustanoveniach definuje, čo je to povinne zverejňovaná zmluva. Povinne zverejňovaná zmluva je písomná zmluva, ktorú uzatvára povinná osoba (definovaná v § 2 zákona o slobode informácií) a

ktorá obsahuje informáciu, ktorá sa získala za verejné prostriedky,

alebo sa týka používania verejných prostriedkov,

nakladania s majetkom štátu, majetkom obce, majetkom vyššieho územného celku alebo majetkom právnických osôb zriadených zákonom, na základe zákona

alebo nakladania s finančnými prostriedkami Európskej únie.³

Verejné prostriedky sú pritom charakterizované ako finančné prostriedky, s ktorými hospodária právnické osoby verejnej správy; sú nimi aj prostriedky Európskej únie a odvody Európskej únie.⁴

² Zákon však neuvádza o aké informácie a podľa akého zákon ide. Domnievam sa, že zákonodarca chcel týmto zosúladiť právnu úpravu, keďže ustanovenie § 8 zákona o slobodnom prístupe k informáciám stanovuje, že „Ak požadovaná informácia tvorí utajovanú skutočnosť podľa osobitného zákona alebo je predmetom bankového tajomstva alebo daňového tajomstva podľa osobitného zákona, ku ktorým žiadateľ nemá oprávnený prístup, povinná osoba ju nesprístupní s uvedením odkazu na príslušný právny predpis.“ Aby však bolo zrejmé, o aké informácie ide, bolo by vhodné, aby zákonodarca odkazovacou právnou normou toto ustanovenie bližšie špecifikoval.

³ Bližšie pozri § 5a zákona č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o slobode informácií) v znení neskorších predpisov.

Taxatívne sú uvedené zmluvy, ktoré nie sú povinne zverejňovanými zmluvami, napr. ide o pracovnú zmluvu a dohoda o práci vykonávanej mimo pracovného pomeru, zmluvu týkajúcu sa burzových obchodov a ich sprostredkovania, odplatnú zmluvu týkajúcu sa cenných papierov, zmluva, ktorej účelom je zabezpečenie potrieb cudzích zastupiteľských úradov v Slovenskej republike a zabezpečenie činnosti zastupiteľských úradov Slovenskej republiky v zahraničí.

Pokiaľ ide o samotné zverejňovanie, zákon zaviedol dva spôsoby zverejňovania, v závislosti od subjektu, ktorý má povinnosť zmluvu zverejniť, a to zverejňovanie zmlúv v Centrálnom registri zmlúv a zverejňovanie zmlúv na webovom sídle povinnej osoby.

1.1 Zverejňovanie zmlúv v Centrálnom registri zmlúv

Povinne zverejňovaná zmluva, ktorej účastníkom je ministerstvo, ostatný ústredný orgán štátnej správy, verejnoprávna inštitúcia alebo nimi založená právnická osoba, v ktorej vlastní väčšinu akcií alebo väčšinový obchodný podiel alebo ktorú ovládajú väčšinovým podielom na hlasovacích právach alebo vymenúvajú viac ako polovicu členov správneho orgánu alebo iného výkonného orgánu, alebo kontrolného orgánu, sa zverejňuje v Centrálnom registri zmlúv (ďalej len „centrálny register“). V centrálnom registri sa zverejňuje aj zmluva, ktorej účastníkom je rozpočtová organizácia alebo príspevková organizácia zriadená týmito osobami.

„Centrálny register zmlúv je zoznamom zmlúv uzatvorených ministerstvami, ústrednými orgánmi štátnej správy, verejnoprávnymi inštitúciami a podriadenými organizáciami týchto inštitúcií, od 1.1.2011.“⁵ Centrálny register je teda verejný register prístupný na internete, do ktorého môže nahliadnuť každá osoba a získať tak informácie o nakladní s verejnými finančnými prostriedkami.

Technickú podporu internetovej stránky centrálného registra zabezpečuje Úrad vlády Slovenskej republiky. Preto bola aj zákone zakotvená povinnosť povinnej osoba zaslať bezodkladne Úradu vlády Slovenskej republiky zmluvu na zverejnenie. Prakticky by tento proces mal mať nasledovný priebeh: povinná osoba uzavrie zmluvu, ktorá má byť povinne zverejnená v centrálnom registri, zmluva je platná, nie však účinná, následne ju povinná osoba zašle Úradu vlády Slovenskej republiky, ktorý ju zverejní v centrálnom registri a zmluva nadobúda účinnosť nasledujúci deň po dni zverejnenia.

⁴ § 2 písm. a) zákona č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

⁵ www.crz.gov.sk

1.2 Zverejňovanie zmlúv na webovom sídle povinnej osoby

Druhý spôsob zverejňovania zmlúv sa týka subjektov, ktoré nespádajú do výpočtu subjektov uzatvárajúcich zmluvu podľa § 5a ods. 4 zákona o slobode informácií, ale tieto zmluvy sa rovnako týkajú nakladania s verejnými prostriedkami.

Povinne zverejňovaná zmluva, ktorej účastníkom je iná povinná osoba, ako je uvedená vyššie, sa zverejňuje na webovom sídle povinnej osoby, ktorá zmluvu uzatvára. Účastníkmi takýchto povinne zverejňovaných zmlúv sú najmä obce, mestá a vyššie územné celky, ale aj iné subjekty, napr. Slovenská akadémia vied a jej ústavy, keďže nemajú postavenie verejnoprávnej inštitúcie.

Ak táto osoba nemá webové sídlo, zmluva sa zverejňuje bezodplatne v Obchodnom vestníku.

Ak zmluva nie je zverejnená do siedmich dní odo dňa uzavretia, môže účastník zmluvy podať návrh na zverejnenie v Obchodnom vestníku.

Povinná osoba a Úrad vlády Slovenskej republiky vydajú účastníkovi zmluvy na jeho požiadanie písomné potvrdenie o zverejnení zmluvy. Ak sa zverejnila zmluva, ktorá na vznik, zmenu alebo zánik práva vyžaduje vklad do katastra nehnuteľností podľa osobitného predpisu, povinná osoba bezodkladne zasiela písomné potvrdenie o zverejnení zmluvy príslušnej správe katastra.

V praxi sa môže stať, že účastníci zmluvy zverejnia zmluvu viackrát a rôznymi spôsobmi. V takomto prípade je rozhodujúce prvé zverejnenie zmluvy. Povinná osoba alebo účastník zmluvy, podávajúci návrh na zverejnenie zmluvy, sú povinní zabezpečiť súlad zverejnenej zmluvy so skutočným stavom a neprístupenie ustanovení zmluvy obsahujúcich informáciu, ktorá sa podľa tohto zákona neprístupňuje.

1.3 Povinné zverejňovanie objednávok a faktúr

Okrem povinnosti zverejniť zmluvu zavádza nová právna úprava aj povinnosť zverejňovať objednávky a faktúry tovarov a služieb.

Povinná osoba zverejní na svojom webovom sídle objednávky tovarov a služieb do desiatich pracovných dní odo dňa ich vyhotovenia. Ak však objednávky súvisia s povinne zverejňovanou zmluvou, ktorá nadobudla účinnosť podľa zákona, táto povinnosť sa na zverejnenie objednávky nevzťahuje.

Ďalej povinná osoba zverejní na svojom webovom sídle faktúry na tovary a služby do desiatich pracovných dní odo dňa ich doručenia povinnej osobe, najneskôr však do 30 dní odo dňa ich zaplataenia.

Vláda Slovenskej republiky môže nariadením ustanoviť objednávky tovarov a služieb a faktúry za tovary a služby, ktoré sa nezverejňujú, a to podľa ich hodnoty – nariadenie vlády Slovenskej republiky č. 118/2011 Z. z.

2 Vybrané nedostatky súčasnej právnej úpravy

Zavedenie povinného zverejňovania zmlúv, ktoré sú financované z verejných prostriedkov, možno všeobecne hodnotiť pozitívne. Ako vyplýva z dôvodovej správy, prijatie právnej úpravy povinného zverejňovania zmlúv má „zaviesť pravidlá, ktoré zabezpečia transparentné a hospodárne nakladanie s verejným majetkom a s verejnými prostriedkami“⁶. Cieľom týchto pravidiel by teda malo byť zabránenie takému konaniu, pri ktorom sú verejné prostriedky využívané nehospodárne, umelo sa navyšuje cena kupovaných tovarov, ceny za poskytované služby sú niekoľkonásobne vyššie, ako sú obvyklé ceny za rovnaké alebo porovnateľné služby a pod. Celý tento mechanizmus je nasmerovaný k efektívnemu a hospodárnemu využívaniu verejných financií, čo je obzvlášť dôležité v období hospodárskej recesie a výpadkov príjmov štátneho rozpočtu.

Keď sa však bližšie pozrieme na uvedenú právnu úpravu, nájdeme tam aj viacero nedostatkov.

Ako prvé negatívum by som uviedol legislatívny proces prijatia zákona a s tým spojené plynutie času. Zákon č. 546/2010 Z. z., ktorým sa dopĺňa zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony, ktorým bolo zavedené povinné zverejňovanie zmlúv, bol v Národnej rade Slovenskej republiky schválený 9. decembra 2010, v Zbierke zákonov bol uverejnený 30. decembra 2010 a účinnosť nadobudol už 1. januára 2011. Zároveň všetky zmluvy uzavreté po tomto dátume sa už mali spravovať týmto novým právnym režimom. Vzhľadom na to, koľkých subjektov sa táto problematika dotýka, považujem takéto krátke časové obdobie za nepostačujúce na to, aby všetky povinné subjekty mali dostatok času na oboznámenie sa s novou právnou úpravou a hlavne novými povinnosťami, ktoré im pribudli. Najmä obce a nimi zriadené inštitúcie mali s naplňaním zákonných povinností značné problémy.

Ako nesystematický krok hodnotím „duálny“ spôsob zverejňovania zmlúv – čiže časť povinných subjektov zmluvy zverejňuje v centrálnom registri a iné subjekty na svojom webovom sídle. Takéto rozdelenie zverejňovania zmlúv pôsobí neprehľadne a považujem ho za nadbytočné. Ako vhodnejšia alternatíva sa mi javí riešenie, podľa ktorého by všetky zmluvy bez ohľadu

⁶ Všeobecná časť dôvodovej správy návrhu zákona, ktorým sa dopĺňa zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.

na povahu povinného subjektu boli zverejnené v centrálnom registri a všetky faktúry a objednávky by boli zverejnené na webových sídlach jednotlivých povinných subjektov.

Ďalšie negatívum vidím vo zverejňovaní objednávok a faktúr bez finančného obmedzenia, čo spôsobilo to, že boli zverejnené objednávky a faktúry malej hodnoty. Týmto krokom sa zverejnilo veľké množstvo objednávok a faktúr, čím sa zverejnené údaje stali neprehľadnými, následkom čoho je skutočnosť, že sa nie celkom napĺňa účel, za ktorým bol zákon prijatý a to zvýšenie transparentnosti nakladania s verejnými prostriedkami. Po tom, ako sa ozvali kritické hlasy z radov povinných subjektov, však vláda Slovenskej republiky pristúpila k zmene právnej úpravy. V súlade so splnomocňovacím ustanovením v § 5b zákona vláda Slovenskej republiky dňa 30. marca 2011, čiže po troch mesiacoch odo dňa účinnosti zákona, schválila nariadenie vlády Slovenskej republiky č. 118/2011 Z. z., ktorým sa ustanovuje hodnota objednávok tovarov a služieb a faktúr za tovary a služby, ktoré sa nezverejňujú. Podľa tohto nariadenia povinná osoba podľa § 2 zákona o slobode informácií nezverejňuje objednávky tovarov a služieb a faktúry za tovary a služby, ak súhrnná hodnota týchto tovarov a služieb na jednej objednávke alebo jednej faktúre nepresahuje sumu 3 000 eur bez dane z pridanej hodnoty. Iné obmedzenie sa však vzťahuje na obce, mestá, vyššie územné celky a nimi zriadené rozpočtové organizácie a príspevkové organizácie, keďže tieto subjekty nezverejňujú objednávky tovarov a služieb a faktúry za tovary a služby, ktorých súhrnná hodnota na jednej objednávke alebo na jednej faktúre nepresahuje sumu 1 000 eur bez dane z pridanej hodnoty. Opäť však ide o zmenu, ktorá je nekoncepčná a nijako výrazne neprispieva k zjednodušeniu kritizovanej situácie.

Za nie veľmi šťastné riešenie pokladám aj prijatie odseku 2 v § 261 Obchodného zákonníka. § 261 ods. 1 Obchodného zákonníka totiž poskytuje právnu ochranu subjektom v prebiehajúcom kontraktačnom procese, tým, že im ukladá povinnosť chrániť informácie označené ako dôverné. Tieto informácie nesmie strana, ktorej sa tieto informácie poskytnú, prezradiť tretej osobe a ani ich použiť v rozpore s ich účelom pre svoje potreby, a to bez ohľadu na to, či dôjde k uzavretiu zmluvy, alebo nie. Kto poruší túto povinnosť, je povinný na náhradu škody, obdobne podľa ustanovení § 373 a nasl. Novoprijatý odsek 2 však hovorí, že informácie označené ako dôverné v zmluve, ktorá sa má zverejniť podľa zákona, sa nepovažujú za dôverné. Toto ustanovenie významným spôsobom zasahuje do obchodnoprávných vzťahov, pretože subjektom, ktoré majú záujem vstúpiť do právnych vzťahov s osobami, na ktoré sa vzťahuje povinnosť zverejňovať zmluvy, poskytuje nižšiu mieru právnej ochrany ako keby uzatvárali zmluvy s osobami, ktoré túto povinnosť nemajú. Je pravdou, že obchodné a iné „tajomstvá“, ktoré chránia osobitné predpisy sa nezverejňujú, ale aj informácie označené ako dôverné majú pre podnikateľa vysokú hodnotu, pretože spravidla ide o informácie, ktoré nie sú bežne

dostupné. Zákon tak zabezpečuje ochranu v negociačnom procese, pretože „zmluva vôbec nemusí byť uzavretá a nie je vylúčené, že uzavretie zmluvy sa len prestiera práve z dôvodu získania informácii o inom podnikateľovi alebo o jeho podniku.“⁷ Je všeobecne známe, že najmä väčšie obchodné spoločnosti, ktoré obchodujú na medzinárodnom trhu, vstupujú do obchodno-závazkových vzťahov, ktoré majú dobre ošetrené zmluvami a tvorí to akési „know-how“ ich obchodovania. Preto nie je v ich záujme, aby sa tieto ustanovenia zmlúv dostali k iným osobám, a už vôbec nie k ich konkurencii. Preto si dovoľím tvrdiť, že prijatím vyššie spomínaného ustanovenia môže nastať situácia, že časť obchodných spoločností radšej nebude uzatvárať zmluvy, ktoré majú byť povinne zverejňované a prídeme o možnosť dosiahnuť zisk, ale ich ďalšie aktivity nebudú ohrozené. Na druhej strane však verejný sektor môže prísť o dodávateľov, ktorí vzhľadom na svoje postavenie na trhu môžu ponúknuť lepšie podmienky a tým pádom nebudú verejné prostriedky využívané najefektívnejším a najhospodárnejším spôsobom.

3 Záver

Ak by som vyššie rozoberanú problematiku mal zhodnotiť celkovo, zavedenie mechanizmu povinného zverejňovania zmlúv, ktoré sú financované z verejných prostriedkov, považujem za prínosné. Verejnosti sa naskytá doteraz neprípustná možnosť sledovať použitie časti verejných finančných prostriedkov. Práve poukázanie na netransparentné a neefektívne použitie financií viackrát viedlo k tomu, že takéto zmluvy boli vypovedané alebo sa vôbec neuzavreli. Podľa novej právnej úpravy by sa malo na takéto využívanie, ktoré niekedy prešlo až do „zneužívania“ verejných financií, zisťovať častejšie, poukazovať naň, prípadne vyvodzovať aj zodpovednosť voči príslušným osobám, a to nielen v rovine odvolania z funkcie, ale aj zodpovednosti za spôsobenú škodu.

Načrtnutie uvedeného problému však poukazuje aj na to, že aktuálna právna úprava v tejto oblasti obsahuje nedostatky. Považujem preto za žiaduce tieto aj ďalšie nedostatky právnej úpravy odstrániť, navrhnúť zmeny zákonnej úpravy a doplniť ju. V rámci dotvorenia systému kontroly verejných financií považujem za dôležité zmeny v oblasti verejného obstarávania. Ide najmä o zavedenie povinného elektronického verejného obstarávania a zavedenie elektronických aukcií ako povinnej formy obstarávania vždy, keď je to možné.

Po odstránení nedostatkov právnej úpravy a pri dôslednom vymáhaní právnymi predpismi uložených povinností bude možné využiť verejné financie efektívnejšie a hospodárnejšie.

⁷ Patakyová, M. a kol. Obchodný zákonník. Komentár. 2. aktualizované vydanie. Praha : C.H.Beck, 2008, s. 725.

Literature:

Škultéty, P. a kol.: Správne právo hmotné. Všeobecná časť. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, 2004.

Machajová, J. a kol.: Všeobecné správne právo. 3. aktualizované vydanie. Žilina: Eurokódex, 2009.

Patakyová, M. a kol. Obchodný zákonník. Komentár. 2. aktualizované vydanie. Praha : C.H.Beck, 2008.

Zákon č. 546/2010 Z. z., ktorým sa dopĺňa zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony

Nariadenie vlády Slovenskej republiky č. 118/2011 Z. z. ktorým sa ustanovuje hodnota objednávok tovarov a služieb a faktúr za tovary a služby, ktoré sa nezverejňujú.

Contact – email

martin.dufala@flaw.uniba.sk

ÚČAST ODBORNÍKŮ V ŘÍZENÍCH TÝKAJÍCÍCH SE ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

JAKUB HANÁK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně, Česká republika

Abstract in original language

V řízeních týkajících se životního prostředí musí být vedle formálních požadavků zohledňovány také odborné aspekty. Nerespektování vědeckých poznatků by mohlo mít na životní prostředí negativní vliv. Příspěvek popisuje jednotlivé způsoby, kterými dochází k zapojení odborné veřejnosti (expertů) do těchto řízení. Pozornost je věnována nejen procesu posuzování vlivů záměrů a koncepcí na životní prostředí a řízení o vydání integrovaného povolení, ve kterých je prvek odbornosti nejvíce promítnut, ale také dalším procesům, kde je rozhodováno o činnostech s významným dopadem na životní prostředí.

Key words in original language

životní prostředí, správní řízení, odborníci, autorizované osoby

Abstract

In environmental decision-making is necessary to take account of technical aspects. Otherwise the decision could have negative environmental impact. This paper analyzed the position and functions of experts in different procedures in environmental law. Special attention is paid to environmental impact assessment procedure and the procedure on issuing of integrated permission, where experts ordinary participate. Other administrative processes related to environment are analyzed too.

Key words

environment, administrative procedure, experts, authorized persons

1. Úvod¹

Správní orgány musí před vydáním rozhodnutí vždy zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti.² V řízeních týkajících se životního prostředí je tato povinnost ještě významnější, neboť nerespektování poznatků

¹ Příspěvek je výsledkem projektu Stavební zákon a ochrana životního prostředí (MUNI/A/1003/2010).

² § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen správní řád). Současně však právní úprava nevyžaduje zjištění všech skutečností, pokud může správní orgán i bez toho provést úkon v souladu se zákonem, veřejným zájmem a právy dotčených osob. Pro jevy v oblasti životního prostředí je omezenost lidského poznání a nemožnost zjistit všechny v úvahu připadající vlivy zvláště typická.

jednotlivých vědeckých oborů by nejen že znemožnilo účinnou ochranu životního prostředí, ale mohlo by vést až k jeho poškození. Z těchto důvodů je nezbytné, aby se na rozhodování správního orgánu podílely osoby mající potřebné znalosti, tj. odborníci.

Správní orgány na rozdíl od soudů zpravidla disponují odborným znalostmi potřebnými pro řešení jim příslušejících záležitostí. Jedním z důvodů existence institutu tzv. dotčených orgánů státní správy, které se zaměřují na ochranu jednotlivých složek životního prostředí nebo jeho ochranou před různými rizikovými činnostmi a vstupují do řízení, je také jejich odborná specializace. Přestože by správní orgány měly dále využít spolupráce³ také s ostatními správními orgány, nezbývá jim v řadě případů nic jiného,⁴ než se obrátit na externí odborníky.⁵

V tomto příspěvku bude pozornost věnována významu a roli externích odborníků⁶ (odlišných od úředních osob) v řízeních a analyzováno, zda právní úprava dostatečně zohledňuje okolnosti, které ohrožují smysl jejich zapojení do těchto řízení.

Vzhledem k rozsahu tohoto příspěvku bude rozebráno pouze postavení (1) autorizovaných osob v rámci procesu posuzování vlivů na životní prostředí a veřejné zdraví (dále jen autorizované osoby),⁷ (2) odborně způsobilých osob v řízení o vydání integrovaného povolení a (3) soudních znalců, kteří mohou podat znalecký posudek v jakémkoliv správním řízení.

V literatuře se pro označení této kategorie odborníků používá termín "pojmenování experti",⁸ což vyjadřuje skutečnost, že osoba se takovým expertem s oprávněním vytvářet expertízy (posudky, odborná posouzení) předpokládané právem stává teprve na základě jmenování orgánem veřejné

³ Ukládá jim to rovněž zásada součinnosti uvedená rovněž v § 8 odst. 2 správního řádu.

⁴ Poukázat je třeba také skutečnost, že většiny řízení týkajících se životního prostředí se účastí také široká veřejnost, která se může skládat z řady renomovaných odborníků a proto i tzv. konzultativní forma účasti veřejnosti je pro správní orgány cenným zdrojem informací.

⁵ V některých řízeních jejich zapojení ostatně vyžaduje samotná právní úprava (např. proces posuzování vlivů na životní prostředí a veřejné zdraví), což vyplývá z výše uvedené determinace práva životního prostředí vědeckými poznatky jiných oborů.

⁶ V tomto příspěvku jsou pojmy odborník a expert používány jako synonyma, přestože jde o termíny s odlišným významem. Bližší srov. Tichý, M. - Valjentová, M. Experti a expertízy. Praha: Linde, 2011, s. 73-77.

⁷ Součástí této skupiny jsou také osoby autorizované pro biologické hodnocení ve smyslu § 67 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny (dále jen ZOPK), a hodnocení vlivů na soustavu Natura 2000 ve smyslu § 45i ZOPK. V příspěvku je pro odlišení těchto osob od osob autorizovaných pro obecné posouzení vlivů používáno označení speciální autorizované osoby, resp. speciální autorizace.

⁸ Milík, M. - Valjentová, M. Cit. dílo, s. 77.

správy, splňuje-li zákonem stanovené požadavky, které mají zajistit patřičnou odbornou kvalitu jejich expertní činnosti.

2. Úloha odborníků v řízeních

Odborník disponuje zvláštními znalostmi a zkušenostmi, které nejsou vlastní ostatním subjektům, tj. i správním orgánům. Ve správních procesech tyto znalosti poté zprostředkovává rozhodujícím orgánům a jeho expertíza slouží jako odborný podklad pro rozhodnutí. Společnou vlastností těchto expertíz je jejich věcná nezávaznost, ačkoliv fakticky je jejich vliv na podobu rozhodnutí mnohdy zásadní.

V současnosti právní úprava vyžaduje účast odborníků v procesu posuzování vlivů na životní prostředí a veřejné zdraví, když dokumentace a posudek musí být zpracován autorizovanou osobou.⁹ Vzhledem k odlišnému charakteru zdravotních vlivů je u největších záměrů vyžadováno zpracování relevantní části dokumentace osobou se speciální autorizací.¹⁰ Speciální autorizace je pak vyžadována také pro posouzení vlivů na příznivý stav území soustavy Natura 2000.¹¹ Povinná účast odborníků je pro tento proces typická,¹² protože smyslem posouzení vlivů na životní prostředí je totiž zajištění objektivního odborného podkladu pro vydání rozhodnutí,¹³ přičemž role odborníků je zvláště i skutečností, že expertíza (posudek k dokumentaci) obsahuje i návrh rozhodnutí (stanoviska EIA).

Původně bylo povinné také vyjádření odborně způsobilé osoby k žádosti o vydání integrovaného povolení. Především v jednoduchých případech byl však správní orgán schopen tyto otázky posoudit sám a povinnost vyžádat si vyjádření pro něj byla pouze nadbytečnou administrativní zátěží. Na základě těchto zkušeností došlo proto později k přesunutí odpovědnosti na správní orgán, který si nyní může (ale nemusí) vyžádat zpracování odborného vyjádření k aplikaci nejlepších dostupných technik nebo k celé žádosti.¹⁴

⁹ § 19 odst. 1 zákona č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o posuzování vlivů).

¹⁰ Tamtéž.

¹¹ § 45i odst. 3 ZOPK.

¹² V literatuře je označována dokonce jako jedna ze zásad tohoto procesu. Srov. např. Kolektiv: *Právo životního prostředí*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 182-183.

¹³ § 1 odst. 3 zákona o posuzování vlivů.

¹⁴ § 11 zákona č. 76/2002 Sb., o integrované prevenci a omezování znečištění, o integrovaném registru znečišťování a o změně některých zákonů (dále jen zákon o integrované prevenci), ve znění od 1.6.2006, kdy byl novelizován zákonem č. 222/2006 Sb.

Odlišně je upravena role znalců, protože před znaleckým posudkem by měl správní orgán upřednostnit odborné posouzení jiným správním orgánem,¹⁵ přičemž osloven by měl být především orgán poskytující metodickou pomoc nebo u něhož lze tyto znalosti předpokládat (nikoliv tedy všechny orgány v republice).¹⁶ Domnívám se, že správní orgán by se měl v jednodušších otázkách spokojit také s odborným vyjádřením a netrvat na zpracování znaleckého posudku, protože jeho zpracování je rychlejší a levnější. Přes subsidiaritu dokazování znaleckým posudkem je dlouhodobě poukazováno na jeho nadužívání v řízeních i v případech, kdy je správní orgán kompetentní sám rozhodnout, ale znalce přesto z alibistických důvodů ustanoví.¹⁷

3. Rizika špatné expertízy a jejich reflexe právní úpravou

Úspěšnost expertízy závisí zejména na (1) odbornosti jejího tvůrce a dále na (2) nezávislosti odborníka, (3) informovanosti odborníka o významu rozhodnutí, pro které provádí expertízu, a (4) kontrole průběhu zpracování expertízy ze strany správního orgánu jako zadavatele.¹⁸

3.1. Odbornost

Pro využitelnost expertízy správním orgánem je odbornost nepostradatelná, přičemž osoba bez patřičné odbornosti ani nenaplnuje definiční znaky odborníka. Přestože je pravdou, že samotné jmenování orgánem veřejné správy odbornost nevytváří, neexistuje nyní jiný způsob, jak garantovat potřebnou odbornou úroveň, než stanovit požadavky na vzdělání a praxi. Tento způsob zvolil také český zákonodárce.

Na základě srovnání podmínek pro získání oprávnění zpracovávat výše uvedené expertízy lze konstatovat, že je nutné vysokoškolské vzdělání, byť existují rozdíly z hlediska jeho stupně. Zatímco osobám autorizovaným pro proces EIA a odborně způsobilým osobám stačí absolvování bakalářského studijního programu, tak získání speciální autorizace pro hodnocení vlivů na soustavu Natura 2000 a biologické hodnocení není možné bez magisterského titulu. Ačkoliv mezi podmínkami pro jmenování znalcem není vysokoškolské vzdělání výslovně uvedeno, tak předsedové krajských soudů a ministr spravedlnosti vyžadují pro prokázání potřebných

¹⁵ § 56 správního řádu.

¹⁶ Jemelka, L. - Bohadlo, D. - Pondělíčková, K.: Správní řád: komentář. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 214.

¹⁷ Hůlková, J. Postavení AOPK ČR jako znaleckého ústavu a důkaz znaleckým posudkem ve správním řízení: poznatky z praxe. Ochrana přírody, 2010, č. 5, s. 17.

¹⁸ Milík, M. - Valjentová, M. Cit. dílo, s. 249.

znalostí a zkušeností z oboru¹⁹ doložení vysokoškolského vzdělání (v některých oborech dokonce postgraduální).²⁰ Vzhledem k velmi různorodé povaze jednotlivých složek životního prostředí a omezenému počtu znaleckých oborů se můžeme zřejmě častěji setkat s tzv. znalcem ad hoc, kterým je osoba ustanovená pro podání znaleckého posudku pouze pro konkrétní případ na základě uvážení správního orgánu vedoucího řízení.

Za vhodné pokládám také ověřování skutečných znalostí zkouškou, což nyní bohužel vyžaduje právní úprava pouze pro všechny druhy autorizace a pravidlem je u některých druhů znaleckých oborů (nikoliv však z oblasti životního prostředí), kde je vyžadováno též absolvování specializovaných kurzů.

Neodmyslitelnou součástí odbornosti je také schopnost teoretické znalosti aplikovat na konkrétní situace, která se získává pouze praxí. Také v této otázce není právní úprava jednotná, když praxe není vyžadována pro speciální autorizace či osvědčení o odborné způsobilosti (ačkoliv je možné ji zřejmě podřadit pod požadavek dostatečné odborné úrovně), ale v případě znalců je vyžadována v délce i 10 let.²¹

Za účinnou pojistku je možné považovat také absenci právního nároku na získání oprávnění i při splnění zákonem vyžadovaných podmínek (s výjimkou obecné autorizace EIA)²², když oprávněný orgán může zohlednit v rámci správního uvážení i další relevantní okolnosti (materiální zázemí, speciální kurzy apod.).

Více než v jiných oblastech se zde projevuje zajímavý fenomén, kterým je existence odborníků ve formě právnických osob. Odborně způsobilé osoby mohly být původně dokonce jen osoby právnické,²³ se znaleckými ústavy pak počítá právní úprava především při řešení obtížnějších případů a běžně mají podobu soukromých obchodních společností. Naopak autorizace pro posuzování vlivů může být udělena pouze fyzickým osobám, byť je umožněno, aby se také právnická osoba zavázala k vypracování

¹⁹ § 4 odst. 1 písm. b) zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o znalcích).

²⁰ To požaduje zřejmě pouze Krajský soud v Brně. Podmínky pro jmenování se u jednotlivých soudů liší, protože zákon je vymezuje pomocí neurčitých pojmů. Je však možné konstatovat, že rozdíly jsou především v jiných aspektech než požadavcích na vzdělání (s výše uvedenou výjimkou).

²¹ Aplikací praxe dokonce přišla s ojedinělou podmínkou uplynutí doby od ukončení vysokoškolského studia, čímž do jisté míry nahrazuje často navrhovanou podmínku minimálního věku.

²² § 3 odst. 2 vyhlášky č. 457/2001 Sb., o odborné způsobilosti a o úpravě některých dalších otázek souvisejících s posuzováním vlivů na životní prostředí. Shodně Petržílek, P. et al.: Předpisy o posuzování vlivů na životní prostředí s komentářem. Praha, ABF, 2001, s. 129.

²³ I dnes je však tuto činnost oprávněna vykonávat pouze jediná osoba fyzická.

dokumentace a posudku, zabezpečí-li tuto činnost držitelem autorizace (fyzickou osobou),²⁴ což znamená, že zpracování těchto dokumentů musí provést fyzická osoba a pouze tato osoba poté vystupuje vůči správnímu orgánu a nese všechny povinnosti vyplývající ze zákona.²⁵ Za takové situace ovšem není zřejmé, jaké povinnosti stíhají právnickou osobu, která závazek převzala, a celá konstrukce tím ztrácí smysl. Za předpokladu, že jsou správně nastavena pravidla pro získání oprávnění expertízu zpracovat, jsem přitom přesvědčen, že právnické osoby jsou schopny lépe dostát požadavkům kladeným na subjekt vytvářející expertízu, protože nejsou limitovány existencí jediné osoby, ale mohou využít schopností většího okruhu osob, zaměřit svou činnost pouze na tuto oblast²⁶ a vytvořit odpovídající materiální zázemí. Tento závěr ostatně podporuje skutečnost, že renomovanými experty jsou také státem zřízené subjekty: např. Agentura ochrany přírody a krajiny (znalecký ústav) nebo agentura CENIA (odborně způsobilá osoba).

Různé podmínky pro získání expertního oprávnění jsou zřejmě nevyhnutelné, neboť pravomoc jmenovat jednotlivé kategorie odborníků jsou rozděleny mezi ministerstva životního prostředí (autorizované a odborně způsobilé osoby), zdravotnictví (autorizované osoby pro vlivy na zdraví) a spravedlnosti (soudní znalci). Přestože jsou rozdíly místy i výrazně odlišné, nepovažuji tuto skutečnost za nedostatek, neboť minimální odborná úroveň je jimi zajištěna. Do budoucna by však mělo dojít ke sjednocení podmínek pro získání všech druhů autorizace, protože vykonávaná činnost se liší pouze povahou používaných znalostí. Slabinou takto nastaveného systému je však skutečnost, že po získání oprávnění není dále vyžadováno prohlubování a udržování znalostí, přičemž získané oprávnění není buď časově omezeno (u znalců a zřejmě také u odborně způsobilých osob) nebo je v zásadě automaticky prodlužováno.

3.2. Nezávislost

Správní orgán musí rozhodovat na základě objektivních podkladů. Z tohoto důvodu je nezbytné, aby osoba zpracovávající expertízu nebyla zainteresována na výsledku řízení. Tuto skutečnost právní úprava v zásadě respektuje. Odborně způsobilé osoby musí expertní činnost vykonávat tak, aby nedošlo ke střetu zájmů,²⁷ soudní znalci, u kterých lze pochybovat o jejich nepodjatosti, nemohou znalecký posudek vůbec podat²⁸

²⁴ § 19 odst. 1 zákona o posuzování vlivů.

²⁵ Dvořák, L. Zákon o posuzování vlivů na životní prostředí s komentářem. Praha: ABF, 2005, s. 110.

²⁶ Fyzické osoby vykonávají expertní činnost zpravidla vedle jiné (hlavní) výdělečné činnosti.

²⁷ § 6 odst. 4 zákona o integrované prevenci.

²⁸ § 11 zákona o znalcích a § 14 odst. 7 ve spojení s § 14 odst. 1 správního řádu.

a autorizované osoby jsou povinny zpracovat posudek objektivně a nesmí jej (ani částečně) zpracovat, pokud se podílely na zpracování dokumentace.²⁹ Porušení těchto povinností je sankcionováno ztrátou oprávnění k podávání expertíz.

Formálně je nezávislost odborníka zajištěna, ovšem v praxi jsou správní orgány schopny účinně kontrolovat zřejmě pouze osobní zainteresovanost odborníka na věci, s menší efektivitou poté již objektivitu samotného posudku (bliže viz část 3.4.).³⁰

S ohledem na velikost České republiky je nestrannost fakticky snižována také malým množstvím odborníků v některých oborech (např. znalci v oboru obaly jsou pouze tři),³¹ přičemž výjimkou nejsou ani situace, kdy autorizované osoby nebo znalci jsou zaměstnání ve společnostech, které jsou v různé míře se záměrem, o němž je rozhodováno, propojeny (např. jako subdodavatelé, projektanti) a jejich zaujatost je tak víceméně latentní. Navíc podáním kritické (a objektivní) expertízy může dojít ke zhoršení jeho pozici na trhu, když jej investor příště nepožádá o vypracování dokumentace o vlivech na životní prostředí nebo o znalecký posudek pro soukromé účely.³²

Vzhledem k citlivému přístupu soudů v otázkách podjatosti znalců, kdy pro důvodné pochybnosti o nepodjatosti znalce postačí existence pracovního poměru k účastníkovi řízení, jelikož jde o vztah ekonomické závislosti,³³ může být problematická nezávislost Agentury ochrany přírody a krajiny (dále jen AOPK), resp. agentury CENIA, které jsou organizační složkou státu, resp. státní příspěvkovou organizací, protože tyto osoby podávají své

²⁹ § 19 odst. 2 a § 9 odst. 4 zákona o posuzování vlivů.

³⁰ Pro účely tohoto příspěvku není nutné se podrobněji věnovat nedostatečným zárukám nestrannosti zpracovatele dokumentace vlivů na životní prostředí (není stanovena povinnost zpracovat ji objektivně a v plném rozsahu, překážkou nejsou ani osobní vazby na zadavatele), protože dokumentace je v procesu dále přezkoumávána posudkem a nemusí nutně být objektivním podkladem pro rozhodnutí správního orgánu (v tomto se povahou blíží spíše projektové dokumentaci pro účely stavebního řízení).

³¹ Pro informaci uvádím také počet jednotlivých pojmenovaných expertů. Nejvíce je znalců a znaleckých ústavů, kterých je přibližně 900, ovšem toto množství se bude lišit v závislosti na tom, které obory budeme považovat za spadající do oblasti životního prostředí. Tento počet navíc není konečný s ohledem na možnost ustanovit znalce ad hoc. Autorizovaných osob je cca 430 (355 s obecnou autorizací, 52 pro biologické hodnocení ve smyslu § 67 ZOPK a 28 s autorizací pro vlivy na veřejné zdraví). Nejméně, 46, je odborně způsobilých osob.

³² Obdobný názor také Motzke Radek. Životní prostředí ve správním soudnictví – postřehy ze setkání soudců a právníků neziskového sektoru. Dostupné na <http://www.viaiuris.cz/index.php?p=msg&id=199>.

³³ Nález Ústavního soudu ze dne 25. 6. 2003, sp. zn. II. ÚS 35/03, dostupný na <http://nalus.usoud.cz>.

expertízy pro účely řízení vedených státními orgány. Domnívám se, že ze samotného zřízení AOPK nevyplývá její závislost na zřizovateli (ministerstvu životního prostředí) a podjatost, protože objektivita posudku je garantována také povinností vykonávat znaleckou činnost řádně a nestranně, přičemž porušení této povinnosti je sankcionováno zrušením oprávnění³⁴ (byť je zde zřejmě jen obtížně představitelné). Ve výsledku tato skutečnost, kterou může účastník namítnout, klade větší nároky na přesvědčivost odůvodnění rozhodnutí správního orgánu, ale neměla by vést k vyloučení AOPK pro podjatost (stejný závěr platí i pro agenturu CENIA).

3.3. Informovanost o práci správního orgánu s expertízou

Odborník by si měl být především vědom toho, že správní orgán problematice rozumí méně než on, a proto je nutné formulovat závěry expertízy způsobem srozumitelným i pro laika.³⁵ Mnohem zásadnější je ovšem povinnost vyjádřit se ke skutečnostem, které jsou pro řízení a rozhodování relevantní. V případě posudku v rámci procesu EIA jsou jeho náležitosti stanoveny přímo zákonem, v ostatních případech je nutné, aby správní orgán dostatečně konkrétně a přesně stanovil okruh otázek, které má odborník posoudit.

3.4. Kontrola zpracování a obsahu expertízy

Již v průběhu zpracování expertízy je nutné, aby správní orgán kontroloval, zda odborník postupuje řádně. Pro účely řízení je klíčové především, aby znalec dodržel lhůtu stanovenou pro vypracování expertízy. Lhůta pro vyjádření odborně způsobilé osoby je stanovena zákonem na 45 dnů, v případě posudku autorizované osoby ji konkretizuje správní orgán, nesmí však být delší než 60 (v odůvodněných případech 90) dnů, přičemž v praxi se ukazuje, že tato lhůta je nedostatečná.³⁶ Žádné zákonné omezení pak není stanoveno pro dobu na zpracování znaleckého posudku, která je sjednávána individuálně,³⁷ ale správní orgán může být vázán dobou, ve které má rozhodnout (např. v řízeních ve věcech ochrany přírody zpravidla do 60 dnů).³⁸ Přesto se můžeme zejména v případě revizních posudků setkat i s lhůtou v délce 9 měsíců.

³⁴ Srov. usnesení Ústavního soudu ze dne 8. 2. 2007, sp. zn. II. ÚS 666/06, dostupné na <http://nalus.usoud.cz>.

³⁵ Vodítkem zde může i požadavek tzv. všeobecně srozumitelné shrnutí netechnického charakteru, které je obligatorní součástí dokumentace vlivů záměru na životní prostředí.

³⁶ Petržílek, P. et al.: Předpisy o posuzování vlivů na životní prostředí s komentářem. Praha, ABF, 2001, s. 54.

³⁷ Podle § 12 odst. 1 vyhlášky č. 36/1967 Sb., o provedení zákona o znalcích a tlumočnících, je správní orgán povinen před stanovením lhůty pro vypracování posudku, zda lze v této lhůtě posudek provést.

³⁸ § 83 odst. 3 ZOPK.

Z hlediska kontroly expertízy je samozřejmá kontrola jejich formálních náležitostí,³⁹ ale důležitější a současně nejobtížnější je vypořádání se s vlastním obsahem expertízy, ačkoliv je správní orgán kompetentnější hodnotit věrohodnost expertízy než soudy, protože se s řešenou problematikou setkává pravidelně. Již výše bylo uvedeno, že expertízy jsou pouze jedním z nezávazných podkladů, na jejichž základě správní orgán rozhoduje. Tento závěr platí nejen o posudku autorizované osoby, ale povahu důkazu má také pro vyjádření odborně způsobilé osoby⁴⁰ a ani znalecký posudek není důkazním prostředkem vyšší síly.

Přestože správní orgány i soudy hodnotí důkazy v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů ve spojitosti s ostatními důkazy,⁴¹ vykazuje dokazování znaleckým posudkem určité odlišnosti oproti ostatním důkazním prostředkům. Znalecký posudek nemůže správní orgán v případě pochybností o jeho věcné správnosti nahradit vlastním názorem, neboť v takovém případě by posudek postrádal smysl,⁴² ale na druhou stranu se přiklání k názoru prof. Musila, že není správné zakazovat správnímu orgánu hodnotit odborné závěry znaleckého posudku,⁴³ ale je nutné hodnotit nejen způsobilost samotného znalce a úplnost podkladových materiálů, ale také věrohodnost teoretických východisek, kvalitu a množství zjištěných znaků zkoumaných objektů a spolehlivost použitých metod.⁴⁴ Výsledné právní posouzení věci náleží totiž výhradně správnímu orgánu.

Lze uzavřít, že správní orgán má dostatek prostředků a prostoru pro zhodnocení relevantnosti a věrohodností obstaraných expertíz, fakticky je ovšem limitován schopnostmi úředních osob jednajících jeho jménem, zda jeho rozhodnutí bude věcně správné.

4. Závěrem

Role odborníků v řízeních týkajících se životního prostředí je nezastupitelná. Jako každá lidská činnost však může odborné posouzení vykazovat chyby (i úmyslné) a vést k nesprávnému rozhodnutí správního

³⁹ Nesplnění těchto náležitostí má pak za následek vrácení expertízy zpracovateli k doplnění nebo přepracování (např. dle § 9 odst. 7 zákona o posuzování vlivů).

⁴⁰ Petržílek, P. et al.: Předpisy o integrované prevenci a omezování znečišťování. Praha, ABF, 2003, s. 27.

⁴¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 2. 2011, sp. zn. 1 As 87/2010-121, dostupný na www.nssoud.cz.

⁴² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 4. 2009, sp. zn. 2 As 77/2008-139, dostupný na www.nssoud.cz.

⁴³ Srov. Musil, J. Hodnocení znaleckého posudku. Kriminalistika, 2010, č. 3, s. 183 a tam kritizovaný rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 10. 2009, sp. zn. 22 Cdo 1810/2009, týkající se rozhodování soudu v občanskoprávním řízení.

⁴⁴ Tamtéž.

orgánu. Právní úprava se snaží rizika nekvalitní či zaujaté expertízy eliminovat stanovením podmínek pro výkon expertní činnosti a širokou kontrolou expertízy správním orgánem. V tomto ohledu se domnívám, že až na drobné nedostatky, jde o úpravu vyhovující.

Za problematickou nepovažují ani existenci zvláštních autorizací pro posuzování vlivů na životní prostředí, veřejné zdraví či území soustavy Natura 2000, která je některými autory kritizována jako nesystémová a nákladná,⁴⁵ protože pro kvalitní zhodnocení vlivů je potřeba různých znalostí, kterými nemůže nyní disponovat už pouze jediná osoba, což je doloženo také praxí.⁴⁶ Z tohoto důvodu pokládám za přínosné také oprávnění MŽP v rozhodnutí o udělení autorizace vymezit rozsah záměrů, ke kterým se autorizace vztahuje,⁴⁷ neboť vlivy zařízení na odstraňování odpadu jsou jiné než vlivy pozemní komunikace. Možným řešením by mohlo být větší využití právnických osob, které ale současná právní úprava pohřbí v případě autorizovaných osob neumožňuje.

Výtky na nákladnost zapojení odborníků odráží také časté využívání expertíz i v případech, kdy správní orgán sám disponuje odbornými znalostmi a vyjádření externího odborníka využívá jako obranu. Přesto ani toto "zaštítění se expertem" nepovažují nutně za špatné, zejména pak v případech záměrů, které vyvolaly nesouhlas veřejnosti, kdy zapojení odborníků může vést k větší důvěře v rozhodnutí orgánu. Ostatně právní úprava jako taková neovlivní⁴⁸, v jaké míře budou odborníci správními orgány využíváni, protože to závisí vždy na posouzení v konkrétním případě. Čím dál tím vyšší zapojení odborníků do řízení týkajících se životního prostředí a s tím spojené problémy jsou zkrátka daní za složitost posuzovaných jevů a stoupající specializaci vědních oborů.

Literature:

- Dvořák, L.: Zákon o posuzování vlivů s komentářem. Praha: ABF, 2005, 187 s., ISBN: 80-86905-01-2.

⁴⁵ Lepeška, P.: K integraci posuzování vlivů na životní prostředí v rámci územního řízení. Stavební právo: bulletin, 2008, č. 4, s. 36.

⁴⁶ Prchalová, J. Zákon o ochraně přírody a krajiny a Natura 2000. Praha: Linde, 2010, s. 149.

⁴⁷ Petržílek, P. et al.: Předpisy o posuzování vlivů na životní prostředí s komentářem. Praha, ABF, 2001, s. 83. Obdobně je omezeno oprávnění také v případě odborně způsobilých osob.

⁴⁸ Lze konstatovat, že s výjimkou specifického procesu posuzování vlivů předpokládá právní úprava využití externích odborníků až jako poslední možnost (viz zrušení obligatornosti vyjádření odborně způsobilé osoby v řízení o vydání integrovaného povolení).

- Hůlková, J. Postavení AOPK ČR jako znaleckého ústavu a důkaz znaleckým posudkem ve správním řízení: poznatky z praxe. *Ochrana přírody*, 2010, č. 5, s. 17-18.
- Jemelka, L. - Bohadlo, D. - Pondělíčková, K.: *Správní řád: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2009, 640 s., ISBN: 978-80-7400-157-4.
- Lepeška, P.: K integraci posuzování vlivů na životní prostředí v rámci územního řízení. *Stavební právo: bulletin*, 2008, č. 4, s. 32-43.
- Motzke, R.: Životní prostředí ve správním soudnictví - postřehy ze setkání soudců a právníků neziskového sektoru. Dostupné na <http://www.viaiuris.cz/index.php?p=msg&id=199>.
- Musil, J.: Hodnocení znaleckého posudku. *Kriminalistika*, 2010, č. 3, s. 180-195.
- Petržílek, P. et al.: *Předpisy o integrované prevenci a omezování znečištění*. Praha: ABF, 2003, 349 s., ISBN: 80-8616-68-X.
- Petržílek, P. et al.: *Předpisy o posuzování vlivů na životní prostředí*. Praha: ABF, 2001, 149 s., ISBN: 80-86165-42-6.
- Prchalová, J.: *Zákon o ochraně přírody a krajiny a Natura 2000*. Praha: Linde, 2010, 431 s., ISBN: 978-80-7201-806-2.
- Tichý, M. - Valjentová, M.: *Experti a expertizy*, Praha: Linde, 2011, 287 s., ISBN: 978-80-7201-823-9.
- Nález Ústavního soudu ze dne 25. 6. 2003, sp. zn. II. ÚS 35/03, dostupný na <http://nalus.usoud.cz>.
- Usnesení Ústavního soudu ze dne 8. 2. 2007, sp. zn. II. ÚS 666/06, dostupné na <http://nalus.usoud.cz>.
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 4. 2009, sp. zn. 2 As 77/2008-139, dostupný na www.nssoud.cz.
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 2. 2011, sp. zn. 1 As 87/2010-121, dostupný na www.nssoud.cz.

Contact – email

jakub.hanak@mail.muni.cz

ZAMYŠLENÍ NAD ÚČASTENSTVÍM DOTČENÝCH OSOB V ÚZEMNÍM A STAVEBNÍM ŘÍZENÍ V RÁMCI POVOLOVÁNÍ A VÝSTAVBY FOTOVOLTAICKÝCH ELEKTRÁREN.

MARTIN HOLÍK

Masarykova univerzita / Právnická fakulta/

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá rozdílem v účastenství dotčených osob při povolování fotovoltaických elektráren, a to především s ohledem na rozsah jejich práv a možnost ovlivnit stavbu (i) v územním a stavebním řízení vedeném klasickou cestou, (ii) v případech kdy jsou tato řízení nahrazena veřejnoprávní smlouvou a (iii) v případech, kdy certifikát autorizovaného inspektora nahrazuje stavební povolení. Dále je v příspěvku pojednána i problematika ochranného pásma dle energetického zákona, která značně omezuje vlastníky sousedních pozemků a možnosti obrany těchto účastníků.

Key words in original language

Dotčené osoby; povolování rozsáhlých staveb; fotovoltaická elektrárna; veřejnoprávní smlouvy, účast veřejnosti při rozhodování dle stavebního zákona.

Abstract

This contribution deals in particular with the difference in participation of the aggrieved persons in the development of the photovoltaic power plants, with respect to the extent of their rights and their possibilities to influence the construction (i) in the process of issuance of zoning and building permits carried out according to the standard procedure, (ii) in cases where the standard procedure is replaced with a public contract, and (iii) in cases where the certificate of the authorized inspector substitutes the building permit. The contribution also deals with an issue of the protection zone according to the energy act which considerably restricts the owners of the adjoining properties and the possibilities of their defense.

Key words

Aggrieved persons; authorization of the extensive construction; photovoltaic power plants; public contract; public participation in the decision making process according to the building act.

1. Úvod

V posledních dvou letech bylo dle údajů Energetického regulačního úřadu v České republice zprovozněno přes 12.000 fotovoltaických elektráren (dále

jen „FVE“) s celkovým výkonem 1.900 MW¹. Tento nebývalý boom byl zastaven novelou zákona č. 180/2005 Sb., o podpoře využívání obnovitelných zdrojů, která s účinností ode dne 1. 3. 2011 ukončila podporu FVE stavěných na volném prostranství. V budoucnu tak budou dotovány pouze instalace do 30 kW na střechách a budovách. Z tohoto důvodu přestala být pro investory výstavba FVE na volné ploše výhodná a nedá se počítat s tím, že by další FVE byly v blízké budoucnosti zprovozněny².

V rámci výstavby jednotlivých FVE bylo zajímavé sledovat, jakým způsobem se s povolováním jejich výstavby vypořádávaly jednotlivé stavební úřady. Je možno konstatovat, že při povolování stavby FVE byly uplatněny ve značném rozsahu v českém právním řádu relativně nové instituty, které stavební zákon zavedl do oblasti územního a stavebního řízení, a to veřejnoprávní smlouva a certifikát autorizovaného inspektora. Tato skutečnost byla dána zejména snahou investorů zkrátit příslušná řízení na co možná nejkratší dobu³.

Vzhledem k tomu, že u řady FVE se jednalo o instalace velkých solárních parků umístěných na ploše přesahující více než jeden hektar⁴, byla výstavbou těchto elektráren dotčena řada pozemků⁵. Nejednalo se však pouze o pozemky, na kterých je elektrárna umístěna, ale také o pozemky sousední. V této souvislosti je nutno zmínit další velkou skupinu osob, která byla stavbou FVE dotčena, a to osoby, jejichž pozemky se nachází v ochranném pásmu FVE, které stanovuje energetický zákon⁶. Tímto došlo k rozšíření již tak široké řady vlastníků pozemků dotčených výstavbou FVE. Situace byla o to zajímavější, že většina stavebních úřadů s tímto „skrytým“ ustanovením energetického zákona nepočítala, nebo o něm dokonce nevěděla a při povolování stavby FVE s takto dotčenými účastníky vůbec nepočítala.

¹ <http://www.eru.cz/>.

² Tento krok ze strany státu zamezil stavbám megalomanských projektů na polích a loukách. Povolných 30 kW je zřejmě málo pro průmyslový podnik nebo veřejnou budovu. Za úvahu stojí i přehodnocení zákazu velkých fotovoltaických instalací; dle mého názoru je budování solárních elektráren na brownfieldech či jinak nevyužitých plochách při nedostatku jiného využití vhodnou alternativou na přechodné období, a to vzhledem k průměrné životnosti fotovoltaických elektráren udávané mezi 25-30 lety.

³ Snahou investorů bylo zprovoznit a připojit příslušnou FVE do sítě vždy do konce příslušného kalendářního roku, a to vzhledem ke snaze získat příslušný výkupní tarif za daný kalendářní rok.

⁴ http://cs.wikipedia.org/wiki/Seznam_nejv%C4%9Bt%C5%A1%C3%ADch_fotovoltaick%C3%BDch_elektr%C3%A1ren_v_%C4%8Cesku.

⁵ 1 MW instalovaného výkonu FVE odpovídá přibližně 1,5 hektaru plochy pokryté solárními panely.

⁶ § 46, odst. 7, zákona č. 458/2000 Sb., energetického zákona.

Na druhou stranu byla zajímavým zjištěním skutečnost, že na rozdíl od větrných elektráren se, s výjimkou několika medializovaných případů, nezvedla proti většině projektů FVE masivní vlna odporu občanských sdružení⁷. Ze strany veřejnosti bylo spíše možno sledovat obecnou nevoli vůči fototoltaickým elektrárnám jako takovým, a to zejména poté, co sdělovací prostředky začaly vyhrožovat skokovým zdražením cen energie pro konečné spotřebitele.

S ohledem na skutečnost, že tento obrovský rozmach výstavby FVE přišel relativně nedlouho po nabytí platnosti nového stavebního zákona, přičemž právě při výstavbě FVE byl v plné míře využit jeho potenciál, je záměrem příspěvku zhodnocení práv účastníků řízení a dotčených osob při realizaci staveb, která zabírají rozsáhlá území, a to právě s ohledem na rozdíly mezi řízeními, která probíhala „klasickou cestou“ a stavbami, při jejichž výstavbě se uplatnily nové instituty, jako je veřejnoprávní smlouva a certifikát stavebního inspektora.

2. Povolání výstavby FVE z pohledu územního plánování

Dle energetického zákona⁸ se u FVE jedná o výrobu elektřiny, jejíž stavbu nelze považovat za veřejnou technickou infrastrukturu a kterou není možné umístit na nezastavitelných pozemcích⁹.

V případě, že je stavba FVE umísťována na území obce bez platného územního plánu, je možno takovou stavbu umístit pouze v zastavěném území, pokud stavba FVE nesníží kvalitu životního prostředí nad limitní hodnoty stanovené jinými právními předpisy.

Pokud byl v předmětné obci schválen územní plán, je umístění FVE možné především na plochách vymezených pro výrobu a případně pro smíšenou výrobu, případně na plochách vymezených územním plánem pro výrobu elektřiny z obnovitelných zdrojů.

V obou výše uvedených případech je možné umístit stavbu FVE na základě územního rozhodnutí, případně veřejnoprávní smlouvy¹⁰.

2.1. Účastníci řízení a dotčené osoby v územním řízení

⁷ V této souvislosti je nutno uvést negativní zkušenosti s některými občanskými sdruženími, které od investorů prostřednictvím zprostředkovatelů vyžadovaly peníze za to, že nebudou ze své pozice bránit další výstavbě příslušné FVE; viz <http://ecomonitor.cz/zprava2.shtml?x=2284591>.

⁸ § 2 odst. 2 písm. a) bod 20. zákona č. 458/2000 Sb., energetického zákona.

⁹ § 2 odst. 1 písm. k) bod 2. a § 3 odst. 2 stavebního zákona.

¹⁰ V úvahu přichází i regulační plán, který by mohl územní rozhodnutí nahradit.

V případě územního řízení je možno rozlišovat dvojí účastenství¹¹, kdy účastníky řízení jsou do jisté míry „privilegovaní“ účastníci, jejichž účastenství se odvíjí od jejich hmotněprávního poměru k věci, tj. účastníci, o jejichž právech a povinnostech se v řízení rozhoduje a příslušná obec:

I. žadatelé a

II. obec, na jejímž území má být požadovaný záměr uskutečněn¹².

a dále účastníci, kteří mohou být ve svých právech a povinnostech rozhodnutím přímo dotčeni, tzv. vedlejší účastníci¹³:

1. vlastníci pozemku nebo stavby, na kterých má být požadovaný záměr uskutečněn, nejsou-li sami žadatelem,
2. ten, kdo má jiné věcné právo k tomuto pozemku nebo stavbě,
3. osoby, jejichž vlastnické nebo jiné věcné právo k sousedním stavbám, sousedním pozemkům či stavbám na nich může být územním rozhodnutím přímo dotčeno,
4. osoby, o kterých tak stanoví zvláštní právní předpis (např. občanská sdružení),
5. společenství vlastníků jednotek (v případě, že společenství vlastníků jednotek podle zvláštního právního předpisu nemá právní subjektivitu, vlastník, jehož spoluvlastnický podíl na společných částech domu činí více než jednu polovinu).

V případě výstavby FVE a obecně u veškerých staveb s velkou rozlohou je důležité především vymezení vedlejších účastníků uvedených výše pod bodem 3. a 4.

V případě osob uvedených pod bodem 3. musí stavební úřad vždy posoudit, kteří z vlastníků sousedních pozemků anebo staveb na nich mohou být vydaným rozhodnutím přímo dotčeni. Pro přiznání účastenství musí být splněny dvě podmínky, a to existence vlastnického nebo věcného práva a skutečnost, že existující právo je či může být dotčeno¹⁴.

¹¹ § 85 stavebního zákona.

¹² Na rozdíl od žadatele se v případě obce jedná o účastenství dle § 27 odst. 2 správního řádu.

¹³ Hegenbart, M., Sakař, B., a kol. Stavební zákon. Komentář. 1. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, str. 205.

¹⁴ Hegenbart, M., Sakař, B., a kol. Stavební zákon. Komentář. 1. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, str. 206.

V případě pochybností, zda někdo má být účastníkem územního řízení, je nutno postupovat ve smyslu ustanovení § 28 správního řádu, dle kterého za účastníka bude v pochybnostech považován i ten, kdo tvrdí, že je účastníkem, dokud se neprokáže opak. O tom, zda osoba je či není účastníkem řízení, vydává stavební úřad usnesení, jež se oznamuje pouze tomu, o jehož účasti bylo v předmětném řízení rozhodováno, ostatní účastníci se o tom pouze vyrozumí.

Proti tomuto usnesení je možné podat odvolání, které však nemá odkladný účinek. Dle § 28 odst. 2 správního řádu je osoba, o níž bylo usnesením rozhodnuto, že není účastníkem řízení, a ona podala proti tomuto usnesení odvolání, jemuž bylo vyhověno, přičemž v mezidobí zmeškala určitý úkon, oprávněna učinit tento úkon do 15 dnů od oznámení rozhodnutí o odvolání. V takovém případě správní orgán doplní řízení ve smyslu úkonu, jehož zmeškání bylo prominuto.

V případě stavby FVE je nutno při stanovení rozsahu dotčených účastníků přihlídnout také k ustanovení § 46 zákona č. 458/2000 Sb., energetický zákon, dle kterého dnem nabytí právní moci územního rozhodnutí o umístění stavby nebo územního souhlasu s umístěním příslušné stavby vzniká přímo ze zákona ochranné pásmo ve vodorovné vzdálenosti 20m kolmo na oplocení příslušné FVE. Vzhledem k tomu, že v ochranném pásmu FVE je zakázáno:

- a) zřizovat bez souhlasu vlastníka těchto zařízení stavby či umisťovat konstrukce a jiná podobná zařízení, jakož i uskladňovat hořlavé a výbušné látky;
- b) provádět bez souhlasu jeho vlastníka zemní práce;
- c) provádět činnosti, které by mohly ohrozit spolehlivost a bezpečnost provozu těchto zařízení nebo ohrozit život, zdraví či majetek osob;
- d) provádět činnosti, které by znemožňovaly nebo podstatně znesnadňovaly přístup k těmto zařízením;

je důslednost při stanovování účastníků řízení velmi důležitá. Stavební úřady by tak měly za účastníky řízení stanovit všechny vlastníky pozemků ve vzdálenosti 20m od oplocení FVE, přičemž se vždy nemusí jednat o vlastníky přilehlých pozemků. Většina stavebních úřadů však při stanovování účastníků nebrala v potaz účastníky, kteří by byli ochranným pásmem FVE dotčeni. S ohledem na skutečnost, že ochranné pásmo vzniká přímo ze zákona, není možno rozsah ochranného pásma omezit či se jej přímo vzdát, a to jak jednostranně tak i dohodou mezi provozovatelem FVE a dotčeným vlastníkem, ani není možné se ochranného pásma vzdát jednostranným prohlášením.

Dalším specifickým, které se uplatňuje při povolování rozlehlých staveb, je také velký počet účastníků, kteří jsou příslušnou stavbou dotčeni. Výše dotčených účastníků může v takových případech snadno překročit počet třiceti, od kterého se uplatní ustanovení § 144 správního řádu o řízení s velkým počtem účastníků, dle něž jsou účastníci o zahájení řízení uvědomováni veřejnou vyhláškou, stejně tak lze i veřejnou výzvu podle § 36 odst. 3 správního řádu nahradit zveřejněním konceptu výrokové části. V rámci územního řízení je navíc oznámení o zahájení územního řízení a územní rozhodnutí tzv. vedlejším účastníkům doručováno vždy veřejnou vyhláškou¹⁵. Je proto možné, že se dotčení účastníci o daném řízení nemusí vůbec dozvědět, či se o něm dozví, až pro ně uplynou veškeré lhůty. Toto zjištění tak může být pro mnoho účastníků velmi citlivé, zvláště jsou-li jejich pozemky dotčeny ochranným pásmem FVE, které znemožňuje realizace jejich záměrů. S ohledem na skutečnost, že FVE byly stavěny mimo obydlená území, stávalo se běžně, že dotčení účastníci se o stavbě FVE dozvěděli až v okamžiku, kdy bylo započato s její výstavbou a příslušná územní a stavební povolení již nabyla právní moci.

2.2. Možnost obrany opomenutých účastníků

S ohledem na zaměření tohoto příspěvku je především důležitá odpověď na otázku, jaké prostředky mohou využít účastníci, kteří byli opomenuti v územním řízení poté, co se dozví o stavbě FVE, která již byla pravomocně schválena v územním řízení¹⁶.

Prakticky jedinou možností jak napadnout pravomocné územní rozhodnutí dává ustanovení § 94 správního řádu, které umožňuje správním orgánům přezkoumat pravomocná rozhodnutí v případě, kdy lze důvodně pochybovat o tom, že rozhodnutí je v souladu s právními předpisy. Nic tedy nebrání takto dotčeným osobám, aby podaly podnět na zahájení přezkumného řízení. Správní orgán nadřízený správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal, pak může na základě uvážení zahájit z moci úřední přezkumné řízení, jestliže po předběžném posouzení věci dojde k závěru, že lze mít důvodně za to, že rozhodnutí bylo vydáno v rozporu s právními předpisy.

Důležité jsou zde především lhůty: usnesení o zahájení přezkumného řízení lze vydat nejdéle do 2 měsíců ode dne, kdy se příslušný správní orgán o důvodu zahájení přezkumného řízení dozvěděl, nejpozději však do 1 roku od právní moci rozhodnutí ve věci¹⁷.

¹⁵ § 87 a 92 stavebního zákona.

¹⁶ S ohledem na téma mého příspěvku bylo záměrně vynecháno pojednání o možnosti obrany účastníků řízení proti ještě nepravomocnému územnímu rozhodnutí.

¹⁷ § 96 správního řádu.

V případě, že by nadřízený správní orgán zjistil, že napadnuté územní rozhodnutí bylo vydáno v rozporu s právními předpisy, může rozhodnutí zrušit nebo změnit, popřípadě zrušit a věc vrátit odvolacímu správnímu orgánu nebo správnímu orgánu prvního stupně; tyto správní orgány jsou vázány právním názorem příslušného správního orgánu.

Je však nutno podotknout, že i v řízeních, ve kterých byla napadnuta územní rozhodnutí pro umístění stavby FVE vydaná bez platného územního plánu, bylo s ohledem na ustanovení § 94 odst. 4 správního řádu rozhodnuto, že přestože příslušná územní rozhodnutí byla vydána v rozporu s právním předpisem, byla by újma, která by jejich zrušením vznikla investorovi, který nabyt práva z rozhodnutí v dobré víře, ve zjevném nepoměru k újmě, která vznikla jinému účastníkovi nebo veřejnému zájmu a řízení byla vždy zastavena.

Pokud by však napadnuté územní rozhodnutí bylo v přezkumném řízení zrušeno, záleželo by dále na situaci, v jakém stádiu se stavba příslušné FVE nacházela. S ohledem na skutečnost, že většina staveb FVE byla realizována ve velmi krátkém časovém úseku, lze předpokládat, že stavba FVE by již byla zkolaudována. V tomto případě by obdobným způsobem muselo být napadeno i stavební povolení a dále i kolaudační souhlas a následovně zahájeno řízení o odstranění stavby. Je však nutno podotknout, že v rámci řízení o odstranění stavby by s velkou pravděpodobností došlo k dodatečnému povolení stavby FVE¹⁸.

2.3. Specifikum veřejnoprávní smlouvy

Při povolování výstavby FVE se v praxi často postupovalo dle ustanovení § 78 stavebního zákona, dle kterého může stavební úřad se souhlasem dotčeného orgánu uzavřít se žadatelem veřejnoprávní smlouvu o umístění stavby, která nahradí územní rozhodnutí. Stavební úřad je v takovém případě do 7 dnů od předložení návrhu veřejnoprávní smlouvy povinen oznámit tento postup osobám, které by byly účastníky územního řízení podle zvláštního zákona.

Veřejnoprávní smlouvu uzavírá stavební úřad se žadatelem a se souhlasem dotčených orgánů a účastníků řízení. Samotný proces uzavírání veřejnoprávní smlouvy nelze považovat za správního řízení. Z těchto důvodů není návrh na uzavření smlouvy návrhem na zahájení řízení o žádosti¹⁹. Žadatelem může být jak fyzická, tak i právnická osoba. Smlouva musí být vždy uzavřena v písemné formě. Podmínkou účinnosti veřejnoprávní smlouvy, tzn. podmínkou toho, aby smlouva mohla vyvolat

¹⁸ Doposud mi není znám jediný případ, kdy by stavební úřad rozhodnul o odstranění FVE.

¹⁹ Hegenbart, M., Sakař, B., a kol. Stavební zákon. Komentář. 1. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, str. 192.

právní účinky, které jsou jí zamýšlené, jsou souhlasy všech osob, které by byly účastníky řízení, kteří musí být ve smlouvě také vymezeni. Dá se říci, že v těchto případech mají účastníci řízení mnohem silnější postavení než v klasickém územním řízení směřujícím k vydání územního rozhodnutí, neboť k uzavření smlouvy musí vždy udělit písemný souhlas, jinak smlouva nabude účinnosti. Souhlas dotčeného orgánu by měl vyplývat z jeho rozhodnutí. Ve svém souhlasu musí dotčený orgán posoudit veřejnoprávní smlouvu a její obsah z hlediska souladu s právními předpisy a veřejným zájmem, jehož ochranou se zabývá.

Pokud má veřejnoprávní smlouva nahradit územní rozhodnutí, musí obsahovat tytéž náležitosti jako územní rozhodnutí. Z tohoto důvodu jsou v ní zapracovány i podmínky vyplývající ze závazných stanovisek dotčených orgánů.

Relativní výhoda veřejnoprávní smlouvy spočívající v úspoře času oproti běžnému řízení o umístění stavby je však dle mého názoru vykoupena značnou nevýhodou, která spočívá ve značné obtížnosti přesně vymezit všechny účastníky, kteří s jejím uzavřením musí vyslovit souhlas. S rostoucím počtem účastníků tak vzrůstá i nejistota ohledně skutečnosti, zda byli všichni účastníci řádně vymezeni. Tato skutečnost je zejména důležitá vzhledem k ustanovení § 161 odst. 1 správního řádu, dle kterého veřejnoprávní smlouva, která se přímo dotýká práv nebo povinností třetí osoby, nabývá účinnosti teprve v okamžiku, kdy s ní tato osoba vysloví písemný souhlas. Pokud tedy byť jediný z dotčených účastníků s uzavřením příslušné veřejnoprávní smlouvy nevysloví písemný souhlas, nenabude daná veřejnoprávní smlouva účinnosti. Tato skutečnost je o to závažnější, že tato skutečnost se nezhojí uplynutím nějaké lhůty.

Veřejnoprávní smlouva může být přezkoumána z hlediska její zákonnosti dle ustanovení § 165 správního řádu, ve kterém se zkoumá její soulad s právními předpisy. Nařít přezkum je možno z moci úřední, a to v případě existence důvodných pochybností o souladu smlouvy s právními předpisy. Příslušný je zde nadřízený správní orgán.

Veřejnoprávní smlouvy je možno také přezkoumat na základě podnětu, který může podat smluvní strana, a to ve lhůtě 30 dnů ode dne, kdy se dozvěděla o možném důvodu pro zahájení přezkumného řízení. Podnět k přezkumu se podává u správního orgánu, který je věcně příslušný k přezkumnému řízení. Nic však nebrání tomu, aby podnět k přezkoumání dala i třetí osoba, která není stranou veřejnoprávní smlouvy; tehdy by se pak uplatnil obecný postup dle § 42 správního řádu²⁰.

²⁰ Luboš Jemelka, Klára Pondělíčková, David Bohadlo, Správní řád, Komentář. 2. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, str. 563.

Je tedy možno konstatovat, že pokud s uzavřením veřejnoprávní smlouvy nevysloví písemný souhlas všichni dotčení účastníci, veřejnoprávní smlouva se nestane vůbec účinnou. Je však otázkou, jak nazírat na kolaudační souhlas, který byl vydán na základě veřejnoprávní smlouvy, která nenabyla z výše uvedeného důvodu účinnosti. Jsem toho názoru, že takové kolaudační rozhodnutí je nutno považovat za nezákonné.

Povolování výstavby formou veřejnoprávní smlouvy tak v sobě skrývá značné nebezpečí, neboť v případě chybějícího souhlasu a) některé z osoby, která by byla účastníkem řízení a/nebo b) dotčeného orgánu se veřejnoprávní smlouva nestane vůbec účinnou a tato skutečnost není zhojena ani uplynutím nějaké lhůty. Je tedy možné, že kdykoliv v budoucnu bude zjištěno, že veřejnoprávní smlouva nenabyla účinnosti. Z hlediska de lege ferenda je tedy dle mého názoru žádoucí, aby s ohledem na právní jistotu účastníků došlo v tomto ohledu ke změně právní úpravy. V opačném případě by vždy muselo být zahájeno řízení o odstranění stavby, v rámci kterého by však příslušná stavba mohla být dodatečně povolena.

3. Povolování stavby FVE

Povolení stavby FVE vyžaduje vydání stavebního povolení, které může být nahrazeno veřejnoprávní smlouvou nebo certifikátem autorizovaného inspektora, pokud se však nejedná o stavbu, která je zvláštním právním předpisem, územně plánovací dokumentací nebo rozhodnutím orgánu územního plánování přímo označena jako nezpůsobilá pro zkrácené stavební řízení²¹.

Vzhledem ke skutečnosti, že rozsah účastníků stavebního řízení stanovený § 109 stavebního zákona není širší, než rozsah účastníků územního řízení, budu se s ohledem na téma příspěvku zabývat pouze specifiky stavebního řízení.

3.1. Certifikát autorizovaného inspektora

Řadou investorů byl při výstavbě FVE využíván institut autorizovaného inspektora v rámci tzv. zkráceného stavebního řízení. Je však otázkou, jakou má certifikát autorizovaného inspektora povahu a zda osoby dotčené vydáním certifikátu mohou daný certifikát napadnout.

Dle § 117 odst. 1 stavebního zákona je možno využít služeb autorizovaného inspektora při splnění následujících (kumulativních) podmínek:

²¹ FOTOVOLTAIKA - metodická pomůcka Ministerstva pro místní rozvoj k umístování, povolování a užívání fotovoltaických staveb a zařízení. Dostupné z <http://www.mmr.cz/CMSPages/GetFile.aspx?guid=81a54c2f-8dff-4398-9de3-e9896996cba9>, str. 16.

- a) stavebník uzavře s autorizovaným inspektorem smlouvu o provedení kontroly projektové dokumentace;
- b) ke stavbě jsou opatřena souhlasná závazná stanoviska dotčených orgánů;
- c) ke stavbě jsou opatřena vyjádření osob, které by byly účastníky příslušného stavebního řízení; a
- d) nejde o stavbu, která je dle zvláštních právních předpisů, územně plánovací dokumentace nebo rozhodnutím orgánu územního plánování, nezpůsobila pro zkrácené stavební řízení.

V případě splnění výše uvedených podmínek je autorizovaný inspektor oprávněn vydat certifikát, kterým stvrdí, že ověřil projektovou dokumentaci a připojené podklady dle požadavků stavebního zákona, a že stavba je proveditelná. Je však otázkou, jaká je povaha certifikátu autorizovaného inspektora. Na jednu stranu je nepochybné, že autorizovaný inspektor nevede správní řízení a certifikát tudíž není správním rozhodnutím ani jiným správním aktem. Na stranu druhou však certifikát nahrazuje stavební povolení, které je správním rozhodnutím majícím dopad na účastníky řízení a kterým příslušné správně právní předpisy poskytují řadu prostředků k obraně.

Stavební zákon však nestanovuje jak mechanismy, které by dotčeným osobám zajistily možnost dozvědět se o existenci zkráceného řízení v jeho průběhu a nestanovuje ani žádný opravný prostředek proti certifikátu autorizovaného inspektora.

Současná právní úprava pamatuje pouze na situace, kdy jsou v průběhu zkráceného stavebního řízení uplatněny námitky ze strany osob, které by byly účastníky stavebního řízení. Není však jasné, jak by se mělo postupovat v případě, pokud by byl vydán certifikát, stavba oznámena, a následně by se objevila osoba, která nebyla jako účastník stavebního řízení vyzvána k předložení svého vyjádření nebo byla jinak opomenuta.

Vzhledem k tomu, že zkrácené stavební řízení je pojato jako soukromoprávní řízení bez ingerence veřejné správy, je otázkou, jak se takový opomenutý účastník může domáhat svých práv.

V toto směru je zajímavý judikát Nejvyššího správního soudu č.j. 9 As 63/2010 – 111, dle kterého je nutno na certifikát oznámený stavebnímu úřadu dle § 117 odst. 1 stavebního zákona hledět jako na výsledek činnosti správního orgánu, přestože o něm nelze bez dalšího konstatovat, že je vydáván ve správním řízení. I když zůstává sporným, zda postup autorizovaného inspektora předcházející oznámení certifikátu stavebnímu úřadu lze označit za správní řízení, vzhledem ke skutečnosti, že jak samotný postup autorizovaného inspektora ve zkráceném stavebním řízení, tak i jeho výsledek má veřejnoprávní charakter, je autorizovaný inspektor při této

činnosti vázán základními zásadami činnosti správního orgánu a certifikát po oznámení stavebnímu úřadu má povahu přezkoumatelného správního aktu, který má právo napadnout stavebník i osoby, které by jinak měly právo být účastníky stavebního řízení.

Tímto rozhodnutím tak Nejvyšší správní soud zůstal na půli cesty, když sice rozhodl, že certifikát je možno napadnout, nedodal však jakým způsobem. Dle mého názoru připadá v úvahu buď správní žaloba proti certifikátu, nebo postup dle § 142 odst. 1 správního řádu, kde by příslušný stavební úřad rozhodnul na žádost každého, kdo prokáže, že je to nezbytné pro uplatnění jeho práv např. opomenutého účastníka řízení, zda určitý právní vztah (zde právo stavebníka provést stavbu na základě oznámení podle § 117 odst. 1 stavebního zákona) vznikl a kdy se tak stalo, zda trvá nebo zda zanikl a kdy se tak stalo. Postup dle ustanovení § 142 správního řádu však v sobě skrývá to riziko, že jak podání návrhu, tak i samotné vydání deklaratorního rozhodnutí o existenci či neexistenci právního vztahu není omezeno žádnou lhůtou²². V úvahu připadá také analogické použití odvolání – stejně jako proti stavebnímu rozhodnutí, a to včetně možnosti následného podání správní žaloby.

Výše uvedený judikát má dle mého názoru ještě další zajímavou implikaci. Pokud by byl certifikátu autorizovaného inspektora přiznán veřejnoprávní status, je otázkou odpovědnost za škodu způsobenou při výkonu činnosti státní moci dle zákona č. 82/1998 Sb.

4. Závěr

Při výstavbě FVE, kdy většina investorů pod tíhou nutnosti dostavět FVE ke konci roku a stihnout tak výhodnější výkupní tarif bojovala s časem, byly naplno využity relativně nové instituty stavebního zákona. U veřejnoprávní smlouvy se však ukázala zejména slabina v nutnosti přesně stanovit počet dotčených osob, které musí s jejím uzavřením vyslovit svůj souhlas. V případě, že daný okruh osob nebyl správně stanoven, příslušná veřejnoprávní smlouva nenabude účinnosti. V případě veřejnoprávní smlouvy tak dotčené osoby mají velmi silné postavení, které se až může obrátit proti stavebníkovi.

U certifikátu autorizovaného inspektora je otázkou, jakým způsobem se proti němu mohou bránit účastníci, kteří nebyli bráni v potaz. Na rozdíl od veřejnoprávní smlouvy je postavení dotčených osob v případě velmi slabé.

²² Vedral, J, Jak se bránit proti certifikátu autorizovaného inspektora?, dostupné z <http://jinepravo.blogspot.com/2010/07/jak-se-branit-proti-certifikatu.html>.

Literature:

- Vedral, J, Jak se bránit proti certifikátu autorizovaného inspektora?, dostupné z <http://jinepravo.blogspot.com/2010/07/jak-se-branit-proti-certifikatu.html>.
- Luboš Jemelka, Klára Pondělíčková, David Bohadlo, Správní řád, Komentář. 2. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, ISBN 978-80-7400-157-4.
- FOTOVOLTAIKA - metodická pomůcka Ministerstva pro místní rozvoj k umístování, povolování a užívání fotovoltaických staveb a zařízení. Dostupné z <http://www.mmr.cz/CMSPages/GetFile.aspx?guid=81a54c2f-8dff-4398-9de3-e9896996cba9>.
- Hegenbart, M., Sakař, B., a kol. Stavební zákon. Komentář. 1. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, ISBN 978-80-7400-044-7.

Contact – email

Marlik@is.muni.cz

PRÁVO NA INFORMACE VE VZTAHU K VNITŘNÍM PŘEDPISŮM VĚZEŇSKÉ SLUŽBY ČR

FAISAL HUSSEINI

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Za veřejnou správu lze považovat i činnost Vězeňské služby ČR. Na jejím výkonu se mohou prostřednictvím práva na informace podílet i soukromé osoby. To se týká nejen vězněných osob, ale např. i jejich osob blízkých, které jsou výkonem trestu či vazby rovněž zasaženy. Realizací práva na informace - přístupem k vnitřním předpisům Vězeňské služby - tak tyto osoby mohou mj. kontrolovat dodržování ustálené správní praxe a z toho vyplývajících požadavků na dobrou správu.

Key words in original language

právo na informace; Vězeňská služba; vnitřní předpisy; ustálená správní praxe; dobrá správa

Abstract

A part of the public administration are also the activities of the Prison Service of the Czech republic. A private person can also participate on this administration through the right to information. Not only prisoners are concerned, but, for example, their relatives who are affected by the fact of imprisonment, too. Through the access to internal regulations of the Prison Service such individuals can control the maintenance of consistent administrative practice and requirements of good administration resulting of it.

Key words

right to information; Prison Service; internal regulations; consistent administrative practice; good administration

K právu na informace obecně

Jednou z forem, kterou se veřejnost může podílet na veřejné správě, resp. jejímž prostřednictvím může veřejnou správu kontrolovat, je právo na informace. To na jednu stranu představuje jednu z právních záruk (zákonnosti) ve veřejné správě,¹ a na druhou stranu, z ústavního hlediska, jedno ze základních politických práv, jak vyplývá z čl. 17 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“).

¹ Srov. např. Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 7., doplněné a přepracované vydání. Brno: Masarykovu univerzita, 2007, s. 321 a násled., popř. Mikule, V. in Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 669 a násled.

Právo na informace lze v souladu s čl. 17 odst. 4 Listiny „omezit zákonem, jde-li o opatření v demokratické společnosti nezbytná pro ochranu práv a svobod druhých, bezpečnost státu, veřejnou bezpečnost, ochranu veřejného zdraví a mravnosti“. Navazující odstavce pátý citovaného článku Listiny pak ukládá státním orgánům a orgánům územní samosprávy povinnost „přiměřeným způsobem poskytovat informace o své činnosti“, přičemž „podmínky a provedení stanoví zákon“. Zákonem zmiňovaným v předmětných ustanoveních je zejména zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím (dále jen „InfZ“).²

Z výše uvedeného, dle mého názoru, vyplývají základní interpretační a aplikační východiska: na informace o činnosti veřejné správy existuje právní nárok a přístup k informacím lze omezit pouze za splnění dvou kumulativních podmínek: na základě zákona a je-li to, zjednodušeně řečeno, v demokratické společnosti nezbytné.

Veřejná správa si během již poměrně dlouhé doby účinnosti InfZ na tento právní předpis a jím upravovanou materii zvykla. Na druhou stranu však zdaleka není možné tvrdit, že by všechny aplikační problémy spojené s InfZ byly vyřešeny.³ Některé oblasti veřejné správy jsou k takovému nejasnostem „náchylnější“ než jiné. Domnívám se, že v jistém směru se jedná právě o oblast vězeňství.

Právo na informace ve vězeňství

Současnou situaci, vzhledem k snaze Vězeňské služby České republiky (dále jen „Vězeňská služba“) o transparentnost své činnosti, samozřejmě nelze srovnat se situací před rokem 1989.⁴ Rozhodně tedy není možné z informačního hlediska hovořit o „terra incognita“ jako to byl nucen svými slovy konstatovat ve své do té doby ojedinělé práci O. Novotný;⁵ určité oblasti se však i nadále otevírají jen pomalu a s nedůvěrou. V tomto směru chci upozornit na vnitřní předpisy Vězeňské služby a snahu odsouzených, obviněných i jiných osob se s nimi seznámit.

² Za zmínku stojí též zákon č. 123/1998 Sb., o právu na informace o životním prostředí, který však navazuje na čl. 35 Listiny.

³ Srov. např. kritickou poznámku V. Mikuleho in lit. cit. sub 1 na adresu předmětného zákona jakožto „složitého“, „nejasného“ a „obtížně použitelného“.

⁴ Viz např. rozsáhlé informace na internetových stránkách Vězeňské služby ČR, www.vscr.cz.

⁵ Viz Novotný, O. O trestu a vězeňství. Praha: Academia, 1967. Na s. 5 této dodnes zajímavé knihy autor hovoří o svém pocitu vstupu na území, „kde jsou lvi“, a které je z nemalé části vyhrazeno státnímu tajemství.

Vězeňská služba představuje správní orgán⁶ a zároveň veřejný sbor.⁷ Již vykonávanou činnost lze označit za veřejnou správu a o tom, že se jedná o subjekt povinný dle InfZ, není pochyb. O čem však pochyb bylo, zřejmě donedávna, byla otázka, zda zmíněné vnitřní předpisy zpřístupňovat vězněným osobám i osobám dalším.

Již v průběhu roku 2006 dospěl veřejný ochránce práv v rámci jím vedeného řízení k závěru, že odsouzení (a pochopitelně i jiné osoby) mají nárok na zpřístupnění předmětných vnitřních předpisů. Vězeňská služba na toto stanovisko, byť zdráhavě, v konkrétním případě přistoupila,⁸ na základě debaty, která později proběhla na stránkách časopisu České vězeňství, však lze usuzovat, že jako obecný princip si je neosvojila.

M. Tumová ve stati „Úskalí svobodného přístupu k informacím“ poněkud apodikticky konstatovala, že je „*evidentní*“, že interní předpisy Vězeňské služby nelze považovat za informace ve smyslu InfZ a tyto předpisy tak nelze žadateli dle InfZ poskytnout.⁹ V reakci na daný článek pracovník Kanceláře veřejného ochránce práv s odkazem na příslušnou legislativu a judikaturu předchozí názor, dle mého názoru, přesvědčivě vyvrátil,¹⁰ přičemž v témže čísle, v opětovné reakci, M. Tumová, do značné míry s oporou v „pragmatických“ a praktických argumentech na stanovisku svém (a Vězeňské služby?) setrvala.¹¹ Pravděpodobný konec této debaty zřejmě učinila stat’ „Stručný pohled na změny v oblasti svobodného přístupu k informacím“,¹² která do značné míry reagovala na přijetí a nabytí účinnosti instrukce Ministerstva spravedlnosti ČR ze dne 24. července 2009, č.j. 13/2008-SOSV-SP, kterou se provádějí některá ustanovení zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Instrukce“); došlo prakticky k recepci názorů dlouhodobě zastávaných veřejným ochráncem práv, tedy stanoviska, že vězni i jiné osoby k předmětným vnitřním předpisům přístup mají.

⁶ Srov. § 1 odst. 3 zákona o Vězeňské službě a justiční stráž České republiky, který Vězeňskou službu charakterizuje jako „správní úřad“.

⁷ K povaze Vězeňské služby jako veřejného sboru zejm. Mates, P. a kol. Veřejné sbory. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011.

⁸ Pouze pro úplnost uvádím, že podrobnosti k danému případu lze dohledat ve stati Zpřístupňování interních předpisů ve veřejné správě v časopise Správní právo, č. 4-5/2007, s. 211-216.

⁹ Tumová, M. Úskalí svobodného přístupu k informacím ve vězeňské službě. České vězeňství, č. 2/2008, s. 34 a 35.

¹⁰ Čermák, M. Mají vězňové právo seznámit se s vnitřními předpisy VS ČR? České vězeňství, č. 2/2009, s. 24-25.

¹¹ Tumová, M. Dva názory na zpřístupnění vnitřních předpisů VS ČR. České vězeňství, č. 2/2009, s. 25-26.

¹² Tumová, M. Stručný pohled na změny v oblasti svobodného přístupu k informacím. České vězeňství, č. 1/2010, s. 24-25.

Ke zpřístupňování vnitřních předpisů obecně i z hlediska Vězeňské služby

Na základě výše uvedeného se zdá, že shora vymezený problém je vyřešen. Jelikož se však jedná o problematiku, kterou lze vztáhnout i na jiné oblasti veřejné správy, může být užitečné uvést důvody, proč tomu tak je.

Dle § 2 InfZ jsou povinné subjekty povinny poskytovat informace vztahující se k jejich působnosti. Dle odborné literatury jsou takovými informacemi „*jakékoli informace vztahující se k postavení povinného subjektu jako takového [...] a k činnosti, které povinné subjekty v tomto postavení vykonávají*“¹³ Judikatura pak praví, že za dané informace je „*třeba rozumět všechny informace, které úřad má, či by měl mít, tj. veškeré informace, které na úřadě leží, s nimiž úřad pracuje*.“¹⁴ Vnitřní předpis za takový dokument (informaci) jistě považovat lze.

Jak již bylo řečeno, odmítnout zpřístupnit informaci ve smyslu InfZ lze pouze za splnění podmínky existence příslušného ustanovení zákona a zároveň za situace, kdy je to v demokratické společnosti nezbytné. Lze však pod takovou výlukou podřadit vnitřní předpisy správních orgánů obecně, či speciálně vnitřní předpisy Vězeňské služby?

InfZ zná několik výluk: např. případ utajované skutečnosti dle zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti (viz § 7 InfZ) – aby bylo možné odmítnout zpřístupnit vnitřní předpis, bylo by zapotřebí, aby tento byl výslovně za utajovanou informaci označen a uveden v příslušném nařízení vlády.¹⁵ Současně nelze předpokládat, že se v případě vnitřního předpisu bude jednat o informaci týkající se osobnosti, projevů osobní povahy apod. ve smyslu § 8a InfZ či o obchodní tajemství dle § 9 InfZ.

Teoreticky lze uvažovat o odmítnutí zpřístupnění vnitřního předpisu dle ustanovení § 11 odst. písm. a) InfZ, které stanoví, že „*povinný subjekt může omezit poskytnutí informace, pokud: a) se vztahuje výlučně k vnitřním pokynům a personálním předpisům povinného subjektu*“. V praxi se taková situace, i vzhledem k již ustálené judikatuře, zřejmě bude vyskytovat již zřídka. Omezená aplikovatelnost daného ustanovení je dovozována jak naukou, tak judikaturou.

¹³ Rothanzl, L. in Furek, A., Rothanzl, L. Zákon o svobodném přístupu k informacím. Praha: Linde Praha, 2010, s. 42.

¹⁴ Viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 30. 1. 2004, č.j. 5 Ca 80/2003-26 (cit. in lit. sub 13).

¹⁵ Blíže lit. cit. sub 13, s. 194.

Co se týká důvodů tkvících přímo v zákoně a vyložených v doktríně i v již zmíněné Instrukci, jedná se o to, že sám § 11 odmítnutí zpřístupnění informace koncipuje jako fakultativní („může“). Citovaná Instrukce k tomu, s odkazem na čl. 17 odst. 4 a čl. 4 odst. 4 Listiny, v § 1 odst. 3 uvádí, že „v pochybnostech, zda jde o informaci podle odstavce 1, vychází povinný subjekt z toho, že právo na informace je ústavně zaručeným politickým právem, jehož prostřednictvím se občané podílejí na výkonu veřejné moci a kontrole činnosti orgánů veřejné moci, a že přístup k informacím může být omezen pouze zákonem, je-li to nezbytné pro ochranu práv a svobod druhých, bezpečnost státu, veřejnou bezpečnost, ochranu veřejného zdraví a mravnosti. 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.“ K odmítnutí informace by tedy bylo třeba dostatečně legitimního důvodu, např. v podobě vnitřní úpravy ostrahy majetku povinného apod.¹⁶

Kromě uvedeného legitimního důvodu další skutečností, která musí být přítomna kumulativně, je to, že se daná informace „vztahuje výhradně ‚dovnitř‘ povinného subjektu a neovlivňuje žádným způsobem, přímo či nepřímo, činnost povinného subjektu navenek, tedy činnost vůči osobám, které nejsou povinnému subjektu personálně či jinak podřízeny, přičemž není rozhodné, zda se jedná o ‚vrchnostenskou‘ činnost povinného subjektu či nikoli.“¹⁷

Jak vyplývá z již konstantní judikatury, je třeba za vnitřní předpis, který nelze nezpřístupnit, považovat např. také organizační řády povinných subjektů (viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 12. 4. 2006, č.j. 10 Ca 196/2004-41, publikovaný pod č. 928/2006 Sb. NSS) či metodické pokyny daňové správy (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 1. 2008, č.j. 5 As 28/2007-89, publikovaný pod č. 1532/2008 Sb. NSS).

Z výše uvedeného vyplývá, že jen málokterý vnitřní předpis Vězeňské služby bude možno ze zpřístupnění dle InfZ vyloučit a pokud ano, tak málokterý půjde na základě pravidla uvedeného v § 12 vyloučit zcela – kromě částí vnitřního předpisu, které lze odmítnout ze zpřístupnění, je třeba zpřístupnit všechny ostatní, na které se výslovná zákonná výluka nevztahuje.

V podmínkách činnosti Vězeňské služby je samozřejmě problematické, nakolik je vhodné některé vnitřní předpisy zveřejňovat. Namátkou lze zmínit vnitřní předpisy řešící např. střežení objektů, průběh eskort apod. Na druhou stranu, pokud InfZ nebo jiný zvláštní zákon neobsahuje příslušnou

¹⁶ Srov. tamtéž, s. 266, popř. Tuháček, M., Štol, V. in Korbel, F. a kol. Právo na informace. Komentář. Praha: Linde Praha, a.s., 2004, s. 78.

¹⁷ Lit. cit. sub 13.

vyluku, nelze zpřístupnění takového vnitřního předpisu odmítnout, zvláště ne s ohledem na praktické nebo jiné obdobné důvody. Domnívám se, že neplatí ani jeden z mála společných závěrů výše zmíněné debaty na stránkách Českého vězeňství, a to sice, že např. z bezpečnostních důvodů lze zpřístupnění odmítnout přímo na základě čl. 17 odst. 4 Listiny, tedy z důvodů nezbytných pro veřejnou bezpečnost apod. Domnívám se totiž, že je nezbytně třeba, aby případná vyluka byla uvedena v zákoně a zároveň se jednalo o „opatření v demokratické společnosti nezbytné“.¹⁸

Proč žádat o poskytnutí vnitřního předpisu

Je zřejmě již notorií, že oprávněná osoba nemusí při podání žádosti o informace prokazovat žádný právní či jiný zájem.¹⁹ Přesto si však lze klást otázku, jaký by mohl být motiv takové žádosti.

U vězňů a nakonec rovněž u jejich osob blízkých (neboť výkon trestu odnětí svobody nebo vazby podstatně zasahuje i do jejich životů) se může jednat o snahu zjistit, zda je s nimi samotnými nebo jejich blízkými zacházeno v průběhu trestu odnětí svobody či vazby stejně jako s ostatními, zda nedochází k nějaké formě diskriminace či jiného znevýhodňování při konkrétních postupech.

Pokud necháme stranou ústavněprávní východiska dané problematiky, stanoví sám zákon č. 169/1999 Sb., o výkonu trestu odnětí svobody a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „ZVTOS“) v § 15, že „odsouzeným ve výkonu trestu přísluší stejná práva za podmínek a v rozsahu stanoveném tímto zákonem.“ Na postupy Vězeňské služby lze rovněž vztáhnout základní zásady činnosti správních orgánů dle § 2-8 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád.²⁰ Ten v § 2 odst. 4 stanoví, že „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.“

Právě kontrola dodržování principu rovnosti, popř. činění „nedůvodných rozdíků“ lze provést seznámením se s vnitřním předpisem. Obecně totiž

¹⁸ Srov. Korbel, F. in Korbel, F. a kol. Právo na informace. Komentář. Praha: Linde Praha, a.s., 2004, s. 20 nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 8. 2009, č.j. 1 As 51/2009-106: „...v souladu s principem publicity veřejné správy, který dává všem občanům právní nárok na přístup k informacím kromě těch, jež jsou zákonem taxativně vyloučeny.“

¹⁹ Srov. lit. cit. sub 13, s. 54 či rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 30. 3. 2007, č.j. 57 Ca 66/2006-55 (relevantní část dostupná např. na www.mvcr.cz/odk2/SCRIPT/ViewFile.aspx?docid=21323032; cit. dne 24. 4. 2011)

²⁰ Srov. Zpráva z návštěv zařízení – Věznice veřejného ochránce práv, s. 7. Dostupné na http://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/ochrana_osob/2006/Veznice_2006.pdf. Citováno dne 25. 4. 2011.

vnitřní předpisy mají úzký vztah k tzv. ustálené správní praxi²¹, jakožto činnosti, „*kteřá je všeobecně přijímána a dodržována, její ustálenost se odvíjí od frekvence a dlouhodobosti jejího využívání. Od vytvořené správní praxe je přitom možné se odchýlit zásadně pouze pro futuro, z racionálních důvodů a pro všechny případy, kterých se praxí zavedený postup správního orgánu dotýká*“.²² Tyto požadavky lze považovat rovněž za nároky, které na výkon veřejné správy kladou tzv. zásady dobré správy.

Z citovaného ustanovení správního řádu pak vyplývá zásada nestrannosti, materiální ekvity a legitimního očekávání a může znamenat důležitý korekční prvek k zákazu zneužití správního uvážení²³ a má úzký vztah právě k citovanému § 15 ZVTOS. Ke kontrole jejího efektivního dodržování pak často, jak bylo naznačeno, je třeba se seznámit s příslušným vnitřním předpisem.

Zájem na seznámení se s interními předpisy pak mohou mít např. také různá občanská sdružení a jiné subjekty, které se věnují právům vězněných osob. Po seznámení se s vnitřním předpisem Vězeňské služby případně mohou navrhnout příslušné změny a tímto způsobem se podílet na výkonu veřejné správy.

Závěr

Jak již bylo řečeno, představuje právo na informace jedno ze základních politických práv. Prostřednictvím jedné z jeho forem, seznámení se s vnitřními předpisy (zde Vězeňské služby), se lze podílet na činnosti veřejné správy jednak ve formě její kontroly, jednak ve formě snah o její zlepšení.

Vnitřní předpisy Vězeňské služby zpravidla ze zpřístupnění dle InfZ zákona nebude možno vyloučit, ať již bude žadatelem vězeň či jiná osoba. Ačkoli to může v praxi způsobit některé problémy či vyvolat jistá rizika, platí, že pokud nedojde k novelizaci InfZ či jiného zvláštního zákona, bude se smířit s postojem, že „*může se nám to nelíbit, můžeme s tím nesouhlasit, ale to je tak to jediné, co s tím můžeme dělat*“.

Literature:

- Čermák, M. Mají vězňové právo seznámit se s vnitřními předpisy VS ČR? České vězeňství, č. 2/2009, s. 24-25, ISSN 1213-9297

²¹ K této otázce srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 8. 2007, č.j. 7 Afs 45/2007-251, publikovaný pod č. 1383/2007 Sb. NSS.

²² Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 4. 2005, č. j. 2 Ans 1/2005-55.

²³ Viz Jemelka a kol. Správní řád. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 15.

- Furek, A., Rothanzl, L. Zákon o svobodném přístupu k informacím. Praha: Linde Praha, 2010, 672 s., ISBN 978-80-7210-788-1
- Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, 875 s., ISBN 978-80-7400-049-2
- Jemelka a kol. Správní řád. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2008, 616 s., ISBN 978-80-7179-784-5
- Korbel, F. a kol. Právo na informace. Komentář. Praha: Linde Praha, a.s., 2004, 296 s., ISBN 80-7201-465-X
- Mates, P. a kol. Veřejné sbory. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, 363 s., ISBN 978-80-7357-572-4
- Novotný, O. O trestu a vězeňství. Praha: Academia, 1967, 252 s.
- Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 7., doplněné a přepracované vydání. Brno: Masarykovu univerzita, 2007, 420 s., ISBN 978-80-210-4276-6
- Tumová, M. Úskalí svobodného přístupu k informacím ve vězeňské službě. České vězeňství, č. 2/2008, s. 34-35, ISSN 1213-9297.
- Tumová, M. Dva názory na zpřístupnění vnitřních předpisů VS ČR. České vězeňství, č. 2/2009, s. 25-26, ISSN 1213-9297
- Tumová, M. Stručný pohled na změny v oblasti svobodného přístupu k informacím. České vězeňství, č. 1/2010, s. 24-25, ISSN 1213-9297

Contact – email
faisal@centrum.cz

ZÁKAZ ALKOHOLU NA VEREJNÝCH ŠPORTOVÝCH PODUJATIACH?

MICHAL HUTTA

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská
republika

Abstract in original language

V poslednom období v dôsledku konkrétnych prejavov diváckeho násillia na niektorých vrcholových športových podujatiach silnejú hlasy časti verejnosti po legislatívnej zmene, ktorá by predaj a požívanie alkoholu na týchto podujatiach zakázala. Cieľom príspevku je túto problematiku bližšie ozrejmiť a na základe toho ponúknuť jej legislatívne riešenie.

Key words in original language

Alkohol, zákaz, verejné športové podujatia

Abstract

Recently, due to particular manifestations of spectator violence at some of the top sport events, voices of public swell after legislative change that would prohibit sale and consumption of alcohol at these events . The article aims to further clarify this issue and on this basis, to offer a legislative solution.

Key words

Alcohol, prohibition, public sport events

ÚVOD

Jedným z pretrvávajúcich spoločenských problémov v Slovenskej republike zostáva problematika zabezpečovania bezpečnosti a verejného poriadku v súvislosti s organizovanými vrcholovými verejnými športovými podujatiami. Aj po prijatí zákona č. 479/2008 Z.z. o organizovaní verejných telovýchovných podujatí, športových podujatí a turistických podujatí a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktorý rieši problematiku organizovania verejných športových podujatí komplexne sa vzhľadom na pretrvávajúce prejavy diváckeho násillia na niektorých podujatiach stále hľadajú cesty ako zvýšiť bezpečnosť týchto podujatí a uvedenú právnu úpravu v tomto smere zlepšiť.

Najmä v dôsledku zjednodušeného pohľadu pri sprostredkúvaní informácií z verejných športových podujatí zo strany niektorých médií sa čoraz častejšie možno v širokej verejnosti stretnúť s názorom, že kľúčovú úlohu pri diváckom násillí zohráva nadmerná konzumácia alkoholických

nápojov účastníkmi podujatia. Preto sa čoraz intenzívnejšie ozývajú hlasy nielen laickej verejnosti volajúce po zmene súčasnej právnej úpravy, ktorá by predaj, podávanie a požívanie alkoholu v priestoroch verejných športových podujatí a v ich blízkom okolí, zakázala.

1. SÚČASNÝ PRÁVNY STAV V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

V súčasnosti účinná právna úprava neobsahuje právnu normu, ktorá by predaj, podávanie a požívanie alkoholických nápojov na verejných športových podujatiach generálne zakazovala. Napriek tomu umožňuje za splnenia zákonom ustanovených podmienok takýto zákaz na konkrétnom verejnom športovom podujatí dosiahnuť. Takáto právna úprava je obsiahnutá v dvoch zákonoch.

Prvým z nich je zákon č. 219/1996 Z.z. o ochrane pred zneužívaním alkoholických nápojov a o zriaďovaní a prevádzke protialkoholických záchytných izieb. Tento zákon možno charakterizovať ako všeobecnú právnu úpravu vydávania zákazu predávania, podávania a používania alkoholických nápojov, ktorá sa vzťahuje nielen na verejné športové podujatia. Druhým zákonom je už zmienený zákon č. 479/2008 Z.z. o organizovaní verejných telovýchovných podujatí, športových podujatí a turistických podujatí a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktorý v tejto otázke ukladá len osobitné povinnosti organizátorom verejných športových podujatí a obciam a povinnosti a zákazy účastníkom týchto podujatí. Tým predstavuje v tomto smere osobitnú právnu úpravu, ktorá presnejšie vymedzuje právnu reguláciu v tejto oblasti.

Oprávneným vydať zákaz predaja, podávania alebo používania alkoholických nápojov na verejnom športovom podujatí je obec, v ktorej územnom obvode sa má podujatie konať. Právna úprava rozlišuje v zásade dva prípady, kedy k vydaniu zákazu dochádza. V prvom prípade obec môže takýto zákaz vydať na základe vlastnej úvahy a v druhom prípade jej za splnenia určitých podmienok ex lege vzniká povinnosť vydať tento zákaz. V oboch prípadoch obec vydáva zákaz na základe zákona č. 219/1996 Z.z. o ochrane pred zneužívaním alkoholických nápojov a o zriaďovaní a prevádzke protialkoholických záchytných izieb.

Prvý prípad má vo svojej podstate základ v samosprávnych úlohách obce, v rámci ktorých jednou z nich je zabezpečovať verejný poriadok na svojom území.¹ Túto povinnosť je obec povinná plniť nepretržite a na tento účel je oprávnená prijímať zákonom aprobované opatrenia. Jedným z týchto opatrení je práve zakázať predaj, podávanie a požívanie alkoholických

¹ Podľa § 4 ods. 3 písm. n) zákona SNR č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov „Obec pri výkone samosprávy najmä zabezpečuje verejný poriadok v obci; nariadením môže ustanoviť činnosti, ktorých vykonávanie je zakázané alebo obmedzené na určitý čas alebo na určitom mieste.“.

nápojov. V tomto prípade zákon vytvára obci priestor na správnu úvahu, či k takémuto rozhodnutiu pristúpi, alebo nie. Obec musí v konkrétnom prípade sama posúdiť vplyv požívania alkoholických nápojov na bezpečnosť verejného športového podujatia z pohľadu jej záujmov a plnenia zákonom uložených povinností v rámci svojej samosprávnej pôsobnosti.

Druhý prípad upravuje osobitná právna úprava obsiahnutá v zákone č. 479/2008 Z.z. o organizovaní verejných telovýchovných podujatí, športových podujatí a turistických podujatí a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktorá už obci neumožňuje použiť správnu úvahu a obligatórne jej prikazuje zakázať predaj, podávanie a požívanie alkoholických nápojov. Táto situácia vzniká vtedy, ak ju o vydanie zákazu požiadajú samotný organizátor verejného športového podujatia alebo Policajný zbor. Žiadosťou jedného z týchto dvoch subjektov vzniká obci zákonná povinnosť vydať tento zákaz. Ak tak obec neurobí, obvodný úrad je povinný za takto porušenie právnu povinnosť obce voči nej vyvodiť administratívno-právnu zodpovednosť a uložiť jej za takto spáchaný správny delikt pokutu až do 3 319,39 eur.

Zákaz predaja, podávania a požívania alkoholických nápojov z teritoriálneho hľadiska môže obec vydať s územnou platnosťou pre celé svoje územie alebo len pre určitú časť svojho územia. Zákaz obce sa teda nemusí vzťahovať výlučne len na priestor, v ktorom sa verejné športové podujatie má konať, ale na všetky verejne prístupné miesta nachádzajúce sa na území obce, vrátane zariadení spoločného stravovania, predajní potravín a iných verejne prístupných miest a zariadení, v ktorých sa obvykle predávajú, požívajú alebo podávajú alkoholické nápoje.

Z časového hľadiska je obec oprávnená tento zákaz vydať pre určité dni, alebo len pre určité hodiny konkrétného dňa. V tomto smere zákon teda ponecháva na úvahe obce, v akom rozsahu z teritoriálneho a časového hľadiska vydá zákaz. Platí to vždy bez ohľadu na to, či obec vydala zákaz na základe vlastnej úvahy, alebo ho vydala na základe žiadosti organizátora alebo Policajného zboru, pričom v tomto druhom prípade s tým rozdielom, že takýto zákaz sa z hľadiska teritoriálneho musí vzťahovať minimálne na priestor, v ktorom sa verejné športové podujatie má konať a z hľadiska časového na obdobie, počas ktorého sa bude podujatie konať. To znamená minimálne od momentu vstupu prvého účastníka do priestorov podujatia až do opustenia tohto priestoru posledným účastníkom. Pri rozhodovaní o zákaze by obec mala predovšetkým z teritoriálneho hľadiska vždy starostlivo uvážiť konkrétne okolnosti prípadu a všetky možné dôsledky vydaného zákazu, aby svojím zákazom neprimerane nezasahovala do práv a oprávnených záujmov nezúčastnenej časti obyvateľstva obce a podnikateľov obci, ktorých prevádzky predávajú alebo podávajú alkoholické nápoje. V tomto smere praktické skúsenosti preukázali, že zákaz alkoholu mimo priestorov verejných športových podujatí mal nepatrný vplyv na požívanie alkoholu účastníkmi podujatia, ktorí toto

opatrenie obce obchádzali tým, že pred a po podujatí požívali alkoholické nápoje buď v súkromí, alebo mimo vymedzeného územia, na ktorom platil zákaz.

2. ZAKÁZAŤ ALEBO NEZAKÁZAŤ ALKOHOĽ NA VEREJNÝCH ŠPORTOVÝCH PODUJATIACH?

Úvahy o zákaze alkoholu na verejných športových podujatiach v Slovenskej republike sa v spoločnosti dostávajú do popredia o to viac, že v súčasnosti existujú štáty, ktorým sa v poslednom období významným spôsobom podarilo eliminovať divácke násilie na týchto podujatiach a vo svojom právnom poriadku k takémuto opatreniu pristúpili. Typickým príkladom je Anglicko a Wales, ktorých divácke násilie v dôsledku vrcholových futbalových podujatí v minulosti postihlo najviac. Rovnako pristúpili k takémuto opatreniu aj niektoré medzinárodné a európske športové združenia, ktoré predaj a požívanie alkoholických nápojov na verejných športových podujatiach organizovaných v rámci nimi riadených športových súťaží zakazujú. Typickým príkladom v súčasnosti sú Federácia medzinárodných futbalových asociácií (FIFA) a Únia európskych futbalových asociácií (UEFA).

Dôvody takéhoto prístupu odôvodňujú svojimi empirickými skúsenosťami, najmä v dôsledku futbalových vrcholových podujatí, kde práve v týchto krajinách a v súťažiach v organizačnej pôsobnosti týchto nadnárodných športových združení došlo k hromadnému narušovaniu verejného poriadku účastníkmi, z ktorých niektorí boli pod vplyvom alkoholu. Problematikou zákazu alkoholických nápojov na športových podujatiach sa už dlhšiu dobu zaoberajú aj orgány Európskej únie, ktoré uvažujú nad prijatím legislatívneho riešenia, ktoré by zakázalo alkoholické nápoje na verejných športových podujatiach organizovaných v členských štátoch Európskej únie.

Odhliadnúc od toho, rozhodnutie o zákaze alkoholických nápojov na všetkých verejných športových podujatiach alebo na všetkých športových podujatiach len určitého druhu by malo vždy zohľadňovať všetky s tým súvisiace aspekty, a to nielen právne, ale najmä sociologické, psychologické, ekonomické, ako aj dlhodobé zaužívané tradície, ktoré sa spájajú s verejnými športovými podujatiami.

V rovine sociologickej bolo v poslednom období poprednými sociológmi z Európy a Spojených štátov amerických uskutočnených množstvo rozsiahlych sociologických výskumov zameraných práve na úlohu alkoholu vo väzbe na divácke násilie na verejných športových podujatiach. Tieto výskumy poukázali na skutočnosť, že skúmanú problematiku nie je možné riešiť bez toho, aby sa zohľadnili všetky okolností najmä bez zohľadnenia národných rozdielov, a to nielen v spotrebe alkoholu, ale najmä z pohľadu jeho účinkov na skupiny účastníkov športových podujatí. Práve v tomto smere sa celý rad

sociologických výskumov zameral, pričom zohľadňovali aj psychologické aspekty skúmanej problematiky. Zo zaujímavých záverov, ktoré tieto výskumy priniesli možno spomenúť, že na niektoré skupiny futbalových fanúšikov nemalo vplyv požívanie alkoholu, ktoré by u nich vyvolalo zmenu správania smerujúcu k prejavom diváckeho násilia. Napríklad pri dánskych futbalových fanúšikoch bolo preukázané, že napriek tomu, že sa častokrát dopúšťajú nadmernej konzumácie alkoholu na vrcholových futbalových podujatiach, z ich strany k negatívnym prejavom spočívajúcim v porušovaní verejného poriadku na týchto podujatiach dochádza veľmi zriedkavo. Naopak v dôsledku nadmernej konzumácie alkoholu majú dobrú náladu a vytvára sa medzi nimi väčšia pozitívna súdržnosť. Iné výskumy najmä v Spojených štátoch amerických zasa poukázali na skutočnosť, že obmedzenie dostupnosti alkoholu v niektorých okamihoch často viedlo k tzv. kompenzačnému požívaniu alkoholu na vyššej úrovni v časovej relácii bezprostredne pred a po obmedzení požívania alkoholu, čo malo za následok častejší výskyt opitosti a otravy alkoholom. Ďalšie výskumy poukázali zasa na fakt, že zákaz alkoholu v niektorých prípadoch nemal väčší vplyv na správanie problémových účastníkov tzv. chuligánskych skupín a z ich strany napriek tomu došlo k nebezpečným prejavom diváckeho násilia.² Z uvedeného vyplýva, že závery viacerých sociologických výskumov poukázali na skutočnosť, že význam alkoholu v diváckom násilí sa preceňuje a nie je jednou z jeho hlavných príčin a jeho zákaz má len malý vplyv na divácke násilie. Naopak v niektorých prípadoch môže byť kontraproduktívny.³ Skutočné príčiny, ktoré vedú jednotlivca k diváckemu násiliu sú rôznorodé a nemajú u všetkých, ktorých sa diváckeho násilia dopúšťajú rovnaký základ.

V ekonomickej rovine prípadný zákaz alkoholu na verejných športových podujatiach by mohol mať zásadne negatívny dosah na financovanie športu, ktorého financovanie je dlhodobo poddimenzované. Práve výrobcovia a predajcovia alkoholických nápojov, najmä z odvetvia pivovarníctva na základe cieľovej skupiny svojich zákazníkov, ako aj v dôsledku dlhodobo zachovávaných tradícií na niektorých verejných športových podujatiach, sú najväčšími sponzormi organizátorov športových podujatí. Zákaz predaja a požívania alkoholu na verejných športových podujatiach by nepochybne zmenil ich správanie v otázke sponzorovania športu a ich pozornosť v zadávaní reklamy by bola sústredená do iných

² Uvedený záver potvrdili aj posledné praktické skúsenosti v Slovenskej republike. Napríklad zápas futbalovej Európskej ligy (UEFA) z augusta 2010 v Bratislave medzi športovými klubmi Slovan Bratislava a VfB Stuttgart bol prerušený v dôsledku diváckeho násilia, ku ktorému došlo napriek tomu, že nebol dostupný alkohol na tomto podujatí. <http://www.webnoviny.sk/sport/zapas-slovan---stuttgart-prerusili-pre/203728-clanok.html>

³ Viac Marsh, P., Fox, K., Carnibella, G., McCann, J., March, J.: Football Violence in Europe, 1996, The Amsterdam Group.

oblastí spoločenského života. Takýto výpadok finančných prostriedkov by sa negatívnym spôsobom dotkol aj podpory rozvoja športovej mládeže.

Rovnako treba brať do úvahy súčasné okolnosti Slovenskej republiky a porovnať ich s okolnosťami, ktoré viedli niektoré štáty, resp. nadnárodné športové združenia k zákazu alkoholických nápojov na športových podujatiach. To znamená, či dostatočne odôvodňujú nevyhnutnosť prijatia takéhoto razantného opatrenia, ktoré môže mať významný vplyv na šport, najmä na jeho financovanie. Situácia najmä v osemdesiatich rokoch dvadsiateho storočia v Anglicku, ktorá viedla k zákazu alkoholických nápojov na športových podujatiach bola úplne odlišná od situácie, v ktorej sa nachádza Slovenská republika dnes. V tom čase Anglicko malo problémy s niekoľko desiatok tisíc tzv. športových chuligánov, ktorých počet a ich prejavy diváckeho násillia mal prudko stúpajúcu tendenciu, a to dokonca v medzinárodnom rozmere. Slovenská republika sa v tejto situácii nenachádza, počet problémových účastníkov športových podujatí sa pohybuje podľa odhadov okolo dvoch až troch tisíc a početnosť prejavov diváckeho násillia je z ich strany neporovnateľne menšia. Takáto situácia umožňuje eliminovať tieto skupiny bez toho, aby bolo potrebné zakázať alkohol na verejných športových podujatiach so všetkými súvisiacimi dôsledkami.

ZÁVER

Právna úprava sa v praxi preukáže za kvalitnú a legislatívne stabilnú vtedy, keď pri jej koncipovaní zákonodarca zohľadnil viaceré aspekty súvisiace s problematikou, ktorá je predmetom jej právnej regulácie. V uvedenom zmysle a na základe načrtnutých rovin, zákaz alkoholu na verejných športových podujatiach predstavuje opatrenie, ktorého účinky z pohľadu zvýšenia bezpečnosti verejných športových podujatí sú minimálne a jeho dôsledky pre organizovanie športových podujatí vo viacerých rovinách významne negatívne. Súčasná právna úprava v tejto otázke je v Slovenskej republike preto dostatočná a žiadnym spôsobom neodporuje medzinárodným záväzkom Slovenskej republiky a ani európskej legislatíve. Nie je v rozpore ani z Európskym dohovorom Rady Európy o násillí a neviazanosti divákov počas športových stretnutí, a najmä na futbalových zápasoch, ktorý predstavuje základný európsky dokument riešiaci problematiku diváckeho násillia na športových podujatiach a ktorý sa stal pre Slovenskú republiku záväzným 1. júla 1993. Tento dokument nezaväzuje štáty k prijatiu takéhoto opatrenia.

Budúce smerovanie právnej úpravy by sa nemalo obmedziť na prijímanie opatrení, ktoré príčiny negatívnych prejavov na športových podujatiach neodstraňujú a neodôvodnene postihujú aj majoritu účastníkov, ktorá dodržiava pravidlá správania. Pozornosť musí byť sústredená predovšetkým k prijatiu opatrení, ktoré prinútia k väčšej zodpovednosti

organizátorov za bezpečnosť podujatí a k zvýšeniu nárokov na infraštruktúru priestorov športových podujatí, ktoré umožnia dôslednejšie vyvodzovanie právnej zodpovednosti voči účastníkom, ktorí sa dopúšťajú protiprávneho konania.

Literature:

- Marsh, P., Fox, K., Carnibella, G., McCann, J., March, J.: Football Violence in Europe, 1996, The Amsterdam Group, dostupné na www.redwhite.ru/fans/books/hoods/fv2.doc
- Európsky dohovor o násilí a neviazanosti divákov počas športových podujatí, a najmä na futbalových zápasoch z 1.novembra 1985
- Zákon SNR č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 219/1996 Z.z. o ochrane pred zneužívaním alkoholických nápojov a o zriaďovaní a prevádzke protialkoholických záchytných izieb v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 479/2008 Z.z. o organizovaní verejných telovýchovných podujatí, športových podujatí a turistických podujatí a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov

Contact – email

Michal.hutta@flaw.uniba.sk

PARTICIPACE ŽIDŮ NA SPRÁVĚ VĚCÍ VEŘEJNÝCH V PROTEKTORÁTU ČECHY A MORAVA

JAN KAZDA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Autor v předloženém příspěvku „Participace Židů na správě věcí veřejných v Protektorátu Čechy a Morava“ pojednává o diskriminaci židovského obyvatelstva v oblasti přístupu k veřejným funkcím a o vylučování Židů z jednotlivých oblastí veřejného života v období nesvobody. Zejména pak klade důraz na povolání právníká. Část příspěvku je též věnována právní úpravě Slovenského státu, jež taktéž vylučovala židovské příslušníky z účasti na správě věcí veřejných, a její komparaci s právní úpravou protektorátní.

Key words in original language

Židé, Protektorát Čechy a Morava, správa věcí veřejných

Abstract

Author of this subscription named „Participation of Jews in public affairs administration in the Protectorate Bohemia a Moravia” is dealing with discrimination of Jewish citizens in the area of access to the public offices and with Jewish emanation from particular areas of public social life in the time of injustice. This article is specially focused on legal occupations. Part of it is also dedicated to the legal regulation of cotemporary Slovakia, which also emanated Jewish people from participation in public affairs and to the comparison with protectorate legal regulation.

Key words

Jews, Protectorate of Bohemia and Moravia, public affairs administration

1) Úvodem

Je tomu již více než sedmdesát let, kdy Židé na území Protektorátu Čechy a Morava přišli v podstatě o veškerá politická práva a bylo s nimi zacházeno jako s „podlidmi“. Paměť některých spoluobčanů je však velice krátká a jejich oči zaslepené, jen tak si mohu vysvětlit touhu části příslušníků (nejen) České republiky prosazovat nacionálně-socialistické myšlenky, hlásit se neonacistickému hnutí a organizovat pochody skrze čtvrtě, kde žijí převážně příslušníci romské národnosti. Z toho důvodu se domnívám, že téma persekuce Židů v 30. a 40. letech 20. století je stále velice aktuální a jeho stálá prezentace je zapotřebí již z toho důvodu, aby si lidé uvědomili, že utlačování, ohrožování či separace jakékoli menšiny je cesta do pekel.

2) Participace Židů na správě věcí veřejných v Protektorátu Čechy a Morava

Tuto oblast židovské persekuce upravilo především nařízení ze dne 4. července 1939, č. 136/1940 Sb., o právním postavení Židů ve veřejném životě. Tento předpis byl ve své podstatě "lex generalis" vůči ostatním předpisům upravujícím postavení Židů ve veřejném životě v Protektorátu Čechy a Morava. Byl to právě tento předpis, na základě něhož vycházely mnohé další prováděcí předpisy, které více a více omezovali židovské příslušníky v participaci na veřejném životě.¹

Pro zajímavost si zde dovoluji uvést pravomoc státního prezidenta na návrh vlády vyjmout osobu, která je Židem z dosahu tohoto nařízení.² K jednotlivým omezením týkajících se židů budu zmiňovat i případná opatření proti židovským míšencům a manželům židů, pokud byla nějaká vyhlášena.³

2.1) Definice židovského příslušníka

Pojem "Žid" byl poprvé definován v nařízení o židovském majetku věst. ř. prot. č. 6/1939 ze dne 12. června 1939. Tento předpis se, jak již z názvu vychází, aplikoval především, když šlo o židovský majetek. Další definici, tentokrát již aplikovatelnou pro úpravu právního postavení Židů ve veřejném životě přinesl § 1 vládního nařízení č. 136/1940 Sb., ze dne 4. července 1939, o právním postavení Židů ve veřejném životě. Z ustanovení tohoto paragrafu je možno abstrahovat následující závěry:

- Židem se rozumí ve smyslu výše uvedených nařízení osoba mužského nebo ženského pohlaví, která jest příslušníkem Protektorátu Čechy a Morava a splňuje podmínky stanovené v §1 nařízení ze dne 4. července 1939 č. 136 Sb. o právním postavení židů ve veřejném životě nebo v §6 nařízení Říšského o židovském majetku ze dne 21. června 1939.

¹ Velice podobná úprava platila i pro slovenské Židy. Nařízení č. 198/1941 Sl.z., ze dne 19. září 1941, o právním postavení Židů bylo nejkompaktnějším právním předpisem na světě a jako zajímavost uvádím, že i nejdelším právním předpisem první samostatné Slovenské republiky. Na základě čtvrté, páté a šesté hlavy tohoto nařízení byli Židé prakticky vyloučeni z jakékoli participace na správě věcí veřejných ve Slovenské republice.

² Jde však opravdu pouze o vyjmutí z dosahu tohoto nařízení, nikoli už o vyjmutí z dosahu právních předpisů, které vydává Říšský protektor nebo jím pověřené orgány. Jak je uvedeno v publikaci: KÁRNÝ, Miroslav. „Konečné řešení“ – genocida českých židů v německé protektorátní politice. Praha: Academia. 1991 říšský protektor s tímto ustanovením souhlasil pouze za předpokladu, že dříve než vláda předloží své návrhy v této věci vládnímu prezidentovi, musí projít schválením úřadu říšského protektora. Do konce října 1940 vláda obdržela více než tisíc těchto žádostí o výjimku a po dlouhém jednání vláda schválila vyjmutí 41 osob z dosahu vládního nařízení. Tyto však byly ze strany úřadu říšského protektora zamítnuty.

³ Blíže např. UTERMÖHLE, W., SCHMERLING, H. Die Rechtsstellung der Juden im Protektorat Böhmen und Mähren. Prag: Böhmisch - Mährische Verlags- und Druckereigesellschaft, 1940, s. 14.

- Osoba, která má tři nebo více prarodičů, kteří jsou Židé, byla považována rasově za Žida. Osoba, která má 2 prarodiče židy, je považována za míšence, pokud splní požadavky uvedené v právních předpisech.
- K posouzení, zda někdo je nebo není Židem podle prarodičů, bylo přikročeno z toho důvodu, že zjištění, jestli někdo je nebo není Žid, se má stát na základě rasy a krve a nikoli podle příslušnosti ke společenství
- Dle výše uvedených předpisů mohl být Židem i ten, kdo vyznává jiné náboženství, pokud jeho alespoň tři prarodiče byli Židé.
- Posouzení, zda někdo je nebo není Židem podle prarodičů, se však vztahovalo pouze na vnuka. Pokud šlo tedy o prarodiče samého, byli pro určení, zda je nebo není Židem, rozhodni právě jeho prarodiče. Mohlo dojít k vcelku nelogické situaci, kdy příslušník Protektorátu Čechy a Morava byl na základě výsledků hodnocení svých prarodičů Židem, ačkoli právě tento prarodič se za žida nepovažoval.

2.2) Vyloučení židů z veřejných a jiných funkcí

Prvním předpisem, který upravil vyloučení Židů z některých funkcí, bylo vcelku překvapivě opatření výborů advokátních komor ze dne 15. března 1939, jímž byli vyloučení židovští advokáti ze zastupování stran před soudem.⁴ „Usnesením vlády byli rovněž již dříve odstraněni židé z činné služby státní. Podobné opatření se stalo ohledně zastupitelských sborů svazků územní samosprávy. Vládním nařízením z 21. dubna 1939 č. 123/1939 Sb. byli vyloučeni z výkonu veřejných funkcí laických⁵ v soudnictví. Rovněž nebyli židé od počátku přijímáni za členy Národního souručenství aj.“⁶

Osnova uvedeného nařízení byla sice schválena již 4. července 1939, nařízení samotné však bylo vyhlášeno a nabylo účinnosti až 24. dubna 1940.

⁴ Pokud píší prvním, mám tím na mysli první v rámci Protektorátu, nebo doby když už bylo naprosto zřejmé, jak celá situace dopadne. Úplně prvním předpisem, který byl namířen proti Židům, pak bylo vládní nařízení č. 379/1938 Sb. ze dne 21. prosince 1938, o úpravě některých personálních poměrů ve veřejné správě. Blíže např. HOFFMANN, Josef. Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava. Praha: Právnické knihkupectví a vydavatelství V. Linhart. 1939.

⁵ Jak zmiňuje Helena Petrův, toto opatření se týkalo soudců laiků u obchodního soudu a u obchodních a horních senátů, přisídících pracovních soudců, přisídících a členů všech soudů rozhodčích, soudů pojišťovacích a vrchního pojišťovacího soudu, porotců, přisídících soudů kmetských, přisídících soudů mládeže, správců konkurzní podstaty a vyrovnávacích správců, vnucených správců, tlumočnicků, soudních znalců...jakož i případných náhradníků těchto osob.

⁶ HOFFMANN, Josef. Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava. Praha: Právnické knihkupectví a vydavatelství V. Linhart. 1939, str. 799.

Miroslav Kárný toto prodlení zdůvodňuje vleklým sporem mezi Říšským protektorem a Říšským ministrem vnitra o konečné podobě nařízení.⁷

S vyhlášením vládního nařízení, č. 136/1940 Sb. ze dne 4. července 1939, o právním postavení Židů ve veřejném životě pak logicky vyvstala otázka, jaký vztah mají výše uvedené předpisy k nařízení o právním postavení Židů. Tuto problematiku řeší § 32 uvedeného nařízení. Zde se praví, že opatření, která byla učiněna před 4. červencem 1939, zůstávají nedotčena, pokud odpovídají zásadám stanoveným v nařízení o právním postavení židů ve veřejném životě.

Výše uvedené nařízení ve svém § 4 zakazovalo Židům vykonávat jakékoli funkce v soudnictví a ve veřejné správě s výjimkou funkcí v židovských náboženských organizacích. Židé tedy zejména nemohli být:

- členy zastupitelských sborů ani orgány veřejných korporací nebo členy sborových orgánů takových korporací;
- členy jiných sborů nebo komisí, které byly zřízeny za účelem výkonu nebo podpory veřejné správy;
- členy sborově organizovaných školských orgánů;
- zaměstnanci v činné službě u Protektorátu a jiných veřejnoprávních korporací a subjektů⁸;
- učiteli nebo soukromými docenty na soukromých vysokých školách;
- učiteli ani jinými zaměstnanci na školách s právem veřejnosti, s výjimkou škol, které byly určeny výhradně pro Židy;
- soudci laiky, přísedícími či členy rozhodčích soudů;
- notáři, přísežnými tlumočníky, soudními nebo úředními znalci, správci konkursní podstaty a ani poručníky či opatrovníky, pokud nešlo o poručnictví nebo opatrovnictví, týkající se židů nebo židovských organizací a zařízení, které sledují výhradně židovské zájmy;
- dále civilními techniky či úředně oprávněnými báňskými inženýry a bursovními senzály

Výše uvedený výčet byl pouze příkladný a to i z toho důvodu, aby jej mohla doplňovat dřívější protizidovská opatření. Židům bylo též zakázáno -

⁷ Blíže např. KÁRNÝ, Miroslav. „Konečné řešení“ – genocida českých židů v německé protektorátní politice. Praha: Academia. 1991, str. 47-49.

⁸ Podrobněji vymezeno ve vládním nařízení o úpravě některých personálních poměrů ve veřejné správě

- účastnit se politického života⁹, býti členy spolků a jiných korporací společenského, hospodářského a kulturního života. Dále bylo židům zakázáno:

- vykonávat advokacii, nemohli být obhájci ve věcech trestních a ani patentovými zástupci

- lékaři, veterináři a lékárníky

- výkonnými umělci v ústavech a podnicích

- redaktory periodických tiskopisů, s výjimkou periodických tiskopisů pro židy a jako takové označených

Vyloučení z výše uvedených funkcí měl provést úřad Protektorátu, kterému příslušel přímý dozor nad danou funkcí či nad korporací, organizací nebo zařízením, kde se taková funkce vykonává. Pokud takový úřad neexistoval, bylo pak vyloučení v pravomoci ústředního úřadu, do jehož oboru taková funkce náležela.

Vzhledem k citaci §§ 25 a 26 vládního nařízení č. 379/1938 Sb., o úpravě některých personálních poměrů ve veřejné správě ve vládním nařízení č. 136/1940 Sb. nemohli býti židé zaměstnanci:

korporací, které obstarávaly úkoly veřejné správy¹⁰

ústavů, podniků, fondů a zařízení, které hospodařily veřejnými prostředky nebo jejichž výsledky hospodaření byly určeny pro veřejně prospěšné účely

ústavů, podniků, fondů a zařízení, jež jsou ve vlastnictví nebo správě výše uvedených subjektů¹¹

subjektů, jejichž hospodaření bylo závislé na podporách z veřejných rozpočtů

„Podle vládního nařízení ze dne 7. listopadu 1940, č. 411 Sb., o odpočivných (zaopatřovacích) platech židů¹² nesmí pense židů, které nabyli neb nabudou ze služeb u zaměstnavatelů, uvedených v § 5 vládn. nař. č.

⁹ Zákaz účasti židovských příslušníků vycházel již ze samotné postaty tehdejšího politického života. Takřka ihned po vzniku Protektorátu Čechy a Morava byla povolena existence jen jedné politické strany, a to tzv. Národního souručenství. Židovští příslušníci pak měli samozřejmě zakázán vstup do této politické strany.

¹⁰ Jako příklad lze uvést obchodní a živnostenské komory, dále komory advokátní, lékařské, zvěrolékařské, inženýrské, Národní banku a ústavy veřejnoprávního pojištění.

¹¹ Např. všeobecné veřejné nemocnice v Čechách a Zemská pojišťovna na Moravě.

¹² Důvodové zprávy k tomuto předpisu jsou uvedeny např. in HOFFMANN, Josef. Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava. Praha: Právnické knihkupectví a vydavatelství V. Linhart. 1940, str. 1779 a násl.

136/1940 Sb., převyšovat částku 50.000 K ročně, a to i včetně případných zaopatřovacích důchodů podle jiných zákonů.“¹³

Opatření proti židům ve veřejné službě pak byla v roce 1942 rozšířena jak na židovské míšence, tak i na manžele židů. Takto se stalo vládním nařízením č. 137/1942 Sb. V tomto ohledu bylo nadále postupováno i proti notářům¹⁴ a později i proti civilním technikům včetně horních inženýrů¹⁵

2.3) Vyloučení židů z advokacie a notářství

Již usnesením advokátní komory v Praze ze dne 15. března 1939 byli židé vyloučeni z práva zastupovat strany před soudem. Jednotlivé výmazy ze seznamu advokátů či advokátních kandidátů advokacie poté provedl výbor advokátní komory.¹⁶ Dalším právním pramenem této úpravy bylo již zmíněné vládní nařízení č. 136/1940 Sb. ze dne 4. července 1939, o právním postavení židů ve veřejném životě.¹⁷ Advokáti, kteří byli Židy, jakož i advokáti, kteří byli vymazáni ze seznamu, pak nesměli obstarávat cizí záležitosti, zejména zatupovat strany před soudem ani mimo soud a nesměli též udílet právní rady. Jedinou výjimku ze zákazu výše uvedených advokátních činností činilo obstarávání věcí manželek těchto advokátů a jejich nezletilých dětí, pokud nebyla v zákoně uvedena povinnost, nechat se zastupovat advokátem.

Další výjimku pro Židy-advokáty z výše uvedeného tvořila možnost být ustanoven ministerstvem spravedlnosti na návrh prezidenta vrchního soudu, jakožto židovský právní zástupce.¹⁸ Tito pak byli zapisováni do seznamu židovských právních zástupců.¹⁹ Tito židovští právní zástupci pak museli napříště vždy používat název „židovský právní zástupce“ a směli obstarávat pouze právní záležitosti židů a organizací, které sledovaly výhradně zájem Židů, nikoli však ve věcech trestních.²⁰ Činnost židovských právních

¹³ JURÁŠEK, Stanislav: Právní a hospodářské postavení Židů v Protektorátě Čechy a Morava. *Právník*. Praha: Právnícká jednota. 1940, str. 506.

¹⁴ Viz vládní nařízení č. 51/1943 Sb. ze dne 11. prosince 1942, o židovských míšencích v povolání notářském.

¹⁵ Viz vládní nařízení č. 118/1944 Sb. ze dne 11. května 1944, o židovských míšencích v povoláních civilních techniků.

¹⁶ Proti tomuto aktu bylo možné podat námitku v tom ohledu, že postižený není Židem. O této námitce rozhodovalo protektorátní ministerstvo spravedlnosti.

¹⁷ A to zejména § 4, odst. 2 a poté §§ 7-15.

¹⁸ Blíže o jednotlivých aspektech záležitostí ohledně židovských právních zástupců pojednává např. Hoffmann, Josef: Nové zákony a nařízení, 1940, str. 796 a násl.

¹⁹ Do tohoto seznamu však mohl být zapsán jen takový počet židovských právních zástupců, aby tento počet nepřevyšoval 2% celkového počtu advokátů na území Protektorátu Čechy a Morava, zanesených ke dni 24. dubna 1940 v seznamech advokátních komor v Praze a Brně.

²⁰ Pokud je psáno „obstarávati právní záležitosti“, bylo tím myšleno především sepisování podání, zastupování před soudy, ale i mimo ně a dále také samozřejmě obhajoba.

zástupců podléhala doзору prezidenta krajského a vrchního soudu, v jejichž obvodu působili a dále protektorátnímu ministerstvu spravedlnosti.

Na základě nařízení ze dne 21. srpna 1940, o zastupování Židů před německými soudy v Protektorátu Čechy a Morava mohl Říšský ministr spravedlnosti zmocnit židovské právní zástupce i kandidáty židovského právního zastupitelství, aby zastupovali či obhajovali židy před německými soudy v Protektorátu Čechy a Morava.

Co se týče výkonu notářského povolání, byl tento Židům úplně zapovězen. Židé, kteří byli notáři, byli zbaveni ze strany ministerstva spravedlnosti jejich úřadu a to do tří měsíců od vyhlášení nařízení o právním postavení Židů ve veřejném životě.²¹ I zde však existovala výjimka, protektorátní ministerstvo spravedlnosti mohlo z důvodů hodných zvláštního zřetele ponechat notáře, který byl Židem v jeho úřadě a to i popřípadě na dobu omezenou.

K jistému přiosření v situaci notářů pak došlo, jak jsem se již zmiňoval výše, přijetím vládního nařízení ze dne 11. prosince 1942, č. 51/1943 Sb., o židovských míšencích v povolání notářském. Tento předpis ve svém § 1 stanovil, že notáři, kteří jsou židovskými míšenci, nebo jejichž manželka je židovkou, nebo židovskou míšenkou prvního stupně, budou ministerstvem spravedlnosti zproštěni do 3 měsíců od účinnosti tohoto nařízení. Kandidáti notářství pak měli být za stejných podmínek vyloučeni z přípravné notářské praxe na příkaz ministra spravedlnosti dnem 31. března 1943.

Kdo porušil výše stanovené zákazy, mohl být okresním úřadem potrestán se zřetelem na míru zavinění pokutou do 100.000 K nebo vězením do šesti měsíců. Potrestán byl i ten, kdo vědomě udal nesprávné údaje o tom, zda je on sám nebo někdo jiný židem a tím mařil účinky nařízení o právním postavení židů ve veřejném životě.

2.4) Vyloučení židů z lékařství a zubotechnické činnosti

Na základě vládního nařízení ze dne 4. července 1939, č. 136 Sb., o právním postavení židů ve veřejném životě byl Židům zakázán výkon lékařské praxe a to ministerstvem sociální a zdravotní správy. „Toto může však k žádosti připustit výkon lékařské praxe židům, vyžaduje-li toto veřejný zájem, zejména zájem, aby židovský lékař poskytoval v každém směru záruku řádného výkonu povolání... Židovští lékaři smějí ošetřovat toliko židy, jinak jen členy své rodiny, a musí užívat tohoto názvu. Podléhají doзору okresního a zemského úřadu svého působíště a ministerstva sociální a

²¹ Zde je opět nutno připomínám, že ačkoli se uvádí, že jde o předpis ze dne 4. července 1939, vyhlášen byl až dne 24. dubna 1940. Lhůta pro zbavení úřadu notářů – židů tedy uběhla na konci července 1940.

zdravotní správy. Zapisují se do seznamu židovských lékařů vedeného ministerstvem sociální a zdravotní správy.²²

Co se týče živnosti zubotechnické, byla tato činnost vládním nařízením č. 421/1940 Sb. ze dne 10. října 1940, o provozování živnosti zubotechnické židy zakázána. Na základě výše uvedeného nařízení bylo příkázáno zrušení živnostenských oprávnění židů k provozování zubní techniky. Tato oprávnění zanikla 30 dní po vyhlášení výše uvedeného předpisu, tedy k 10. lednu 1941.

Tak, jak to mu už ale bylo i u židovských právních zástupců, i zde existovala možnost výjimky. Tu mohlo udělit ministerstvo průmyslu, obchodu a živností z důvodu veřejného zájmu. Toto povolení k provozování zubotechnické živnosti bylo udíleno se stanovením výkonu živnosti těm židům, kteří v každém směru poskytovali záruku řádného výkonu této živnosti. Židovští zubní technici museli vždy užívat názvu „židovský zubní technik“ a mohli vykonávat svou činnost jen na židech nebo na svých rodinných příslušnících.²³

2.5) Vyloučení židů z dalších činností

O rozboru dalších činností, z jejichž provozování byli židé vyloučeni, nebudu se již sáhodlouze zmiňovat a to z toho důvodu, že úprava jednotlivých omezení je takřka totožná. Rozdíl je možné pak nalézt především v správním orgánu, do jehož působnosti daná činnost spadala.

Dále se tedy tato omezení týkala např. Židů, kteří provozovali živnost veterinářskou, byli patentovými zástupci anebo měli oprávnění civilního technika či úřední oprávnění báňského inženýra.²⁴

²² JURÁŠEK, Stanislav: Právní a hospodářské postavení Židů v Protektorátě Čechy a Morava. *Právník*. Praha: Právníká jednota. 1940, str. 508.

²³ Blíže např. in HOFFMANN, Josef. *Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava*. Praha: Právníké knihkupectví a vydavatelství V. Linhart. 1940, str. 1858 a následující.

²⁴ Speciálně u civilních techniků a báňských inženýrů si dovoluji upozornit, že později začala platit úprava, která vyloučila z výkonu tohoto povolání též židovské míšence a manžele židů nebo židovských míšenců prvního stupně. Za upozornění též stojí dopis č.j. 389-3/39 z 21. března 1939, který zaslala protektorátnímu ministerstvu veřejných prací Inženýrská komora pro ČSR ve věci Požadavek inženýrské komory o odstranění Židů s dotazníkem pro uvedení židovského nebo nežidovského původu. V tomto dopisu se inženýrská komora domáhá vyřešení židovské otázky tak, jak se tomu stalo již např. v advokacii. Tento dokument je zveřejněn a dostupný ke dni 20. března 2011 na webových stránkách <http://www.holocaust.cz/cz2/victims/document/44979>.

3) Závěrem

Jak je z výše uvedeného příspěvku patrné, Židé postupně přicházeli o veškerá politická práva a tudíž i jakoukoli možnost participovat na správě věcí veřejných v Protektorátu Čechy a Morava. Židé ale byli omezováni i v dalších oblastech lidského života, především byli zbaveni takřka veškerého majetku, byli vyloučeni z odběru většiny zboží a to včetně potravin, bylo jim zabráněno stýkat se s nežidovskými obyvateli Protektorátu Čechy a Morava atd. Stalo se tedy, že během pár prvních měsíců existence Protektorátu Čechy a Morava byli Židé připraveni o většinu existenčních prostředků, přátele, možnosti seberealizace a důstojnost. Budiž tato kapitola lidských dějin poučením pro budoucí generace.

Literatura:

HOFFMANN, Josef. Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava. Praha: Právnické knihkupectví a vydavatelství V. Linhart. 1939-1944

JURÁŠEK, Stanislav: Právní a hospodářské postavení Židů v Protektorátě Čechy a Morava. Právník. Praha: Právnická jednota. 1940

KÁRNÝ, Miroslav. „Konečné řešení“ – genocida českých židů v německé protektorátní politice. Praha: Academia. 1991

PETRŮV, Helena. Právní postavení židů v Protektorátu Čechy a Morava (1939-1941). Institut tereziánské iniciativy: Nakladatelství Sefer. 2000

SCHELLE, Karel; TAUCHEN, Jaromír. Grundriss der Tschechischen Rechtsgeschichte. Verlag Dr. Hut. 2010

SCHELLE, Karel; TAUCHEN, Jaromír. Recht und Verwaltung im Protektorat Böhmen und Mähren. München: Verlag Dr. Hut, 2009

SCHELLE, Karel; TAUCHEN, Jaromír; SALÁK, Pavel. Protektorát Čechy a Morava – jedna z nejtragičtějších kapitol českých novodobých dějin (vybrané problémy). Brno: The European Society for History of law. 2010

SVATUŠKA, Ladislav. Přehled právních předpisů o židech v Protektorátu Čechy a Morava. Moderní stát – revue pro vědy státní, ročník XIV. Praha, 1941

UTERMÖHLE, W., SCHMERLING, H. Die Rechtsstellung der Juden im Protektorat Böhmen und Mähren. Prag: Böhmisch - Mährische Verlags- und Druckereigesellschaft, 1940

Vládní nařízení č. 379/1938 Sb., ze dne 21. prosince 1938, o úpravě některých personálních poměrů ve veřejné správě

Nařízení o židovském majetku věst. ř. prot. č. 6/1939 ze dne 12. června 1939

Vládní nařízení č. 123/1939 Sb. ze dne 21. dubna 1939, o vyloučení Židů z výkonu veřejných funkcí laických v soudnictví

Vládní nařízení č. 411/1940 Sb., ze dne 7. listopadu 1940, o odpočivných (zaopatřovacích) platech židů

Vládní nařízení č. 136/1940 Sb., ze dne 4. července 1939, o právním postavení Židů ve veřejném životě

Vládním nařízením č. 421/1940 Sb., ze dne 10. října 1940, o provozování živnosti zubotechnické židy

Nařízení č. 198/1941 Sl.z., ze dne 19. září 1941, o právním postavení Židů

Vládní nařízení č. 51/1943 Sb., ze dne 11. prosince 1942, o židovských míšencích v povolání notářském

Vládní nařízení č. 118/1944 Sb., ze dne 11. května 1944, o židovských míšencích v povoláních civilních techniků

Usnesení advokátní komory v Praze ze dne 15. března 1939, jímž se vylučují židovští advokáti ze zastupování stran před soudem

Contact – email
kazda@atlas.cz

Právo na informace ve vztahu k veřejné správě - ústavní a zákonné zakotvení práva na informace ve vybraných státech světa

PETR KOLMAN (FACULTY OF LAW, MASARYK UNIVERSITY,
BRNO, CZECH REPUBLIC)

Abstract in original language

Právo na informace je jednou ze základních forem participace veřejnosti na výkonu veřejné správy. Ke komplexnějšímu porozumění nám může napomoci rovněž stručné seznámení s právní úpravou této oblasti v právních řádech jiných států světa jak evropských tak i mimoevropských. Autor se věnuje i státům, které byly v naší právní vědě prozatím opomíjeny, kupříkladu země pobaltské, jihoamerické anebo středoamerické. Ústavní právo na informace je právem specifické povahy. Jeho zvláštnost tkví v tom, že je právem jako takovým (tedy samo o sobě) a zároveň je třeba ho chápat jako most k uskutečnění práv dalších. Zároveň také právo na informace naopak může stát v cestě k realizaci jiných práv.

Key words in original language

Právo na informace, správní právo, ústavní právo

Abstract

Czech legislation publicity repeatedly gave the topics of the right to information. More comprehensive understanding of this issue can help us also a brief introduction to the rules of the jurisdictions in other states of the world - both European and overseas. The author in his article focused on states that were hitherto neglected. Author analyzes the right to information such as Estonia, New Zealand, Japan and Latvia. The article is also remembered on the legal situation in Central and South America. Which, in the Czech legal science is not very frequent.

Key words

Public administration, right to information, public law,

Právo na informace je právem specifické povahy. Jeho zvláštnost tkví v tom, že je právem jako takovým (tedy samo o sobě) a zároveň je třeba ho chápat jako most k uskutečnění práv dalších. Zároveň také právo na informace naopak může stát v cestě k realizaci jiných práv.

Pokud jsem se zmiňoval o významu práva na informace jako mostu či prostředku k právům dalším, zaručených v našem ústavním pořádku, dokládám toto tvrzení kupříkladu skutečností, že právo na informace je nezbytné pro efektivní realizaci práva shromažďovacího (zaručené v článku 19 Listiny) nebo práva petičního (článek 18 Listiny) taktéž je přirozeným předpokladem pro výkon práva sdružovacího (čl. 20 Listiny).¹

A conto právo na informace jako překážky k výkonu práv dalších zde poukazuji zejména na možnost střetu realizace práva na informace versus právo na ochranu soukromých údajů, tedy dat ze soukromého a rodinného života (článek 10 Listiny). V právu na informace je obsažena jistá nebezpečnost pro legální oprávnění zajištěná jak ústavními zákony, tak právními předpisy nižší právní síly. Z toho do jisté míry vyplývá, proč nelze právo na informace chápat neomezeně. Právo na informace není ničím neohrazeným oprávněním člověka k uspokojení jeho zvědavosti², nýbrž je to právo na informace v politickém slova smyslu sloužící k realizaci občana ve veřejném životě daného státu. To značí, aby kterýkoliv člověk žijící v našem státě mohl získávat relevantní informace o tom, co se děje ve společnosti a na základě těchto informací měl dispozici realizovat svá politická práva. Dnešní společnost můžeme označit jako informační, či popřípadě postinformační.³

Proto je právo na informace omezeno již v listinněprávní úpravě - článek 17 odst.4 - a dále je pak jeho výkon, včetně určitých omezení, specifikován v zákonech nižší právní síly.⁴

Další ústavněprávní aspekty práva na informace

¹ Srov. Pavlíček, V. a kol.: Ústavní právo a státověda, II.díl, Linde Praha, 2004, str. 140.

² Jedním z relevantních odrazů vyššího stupně zvědavosti – tedy bulvární - je skutečnost, že ve většině zemí EU bulvární deníky zaujímají první místo v počtu prodaných výtisků, což je určitě významný sociologický fenomén.

J.Filip uvádí, že odlišností jedince a novináře je to, že první odvykle realizuje odděleně jednotlivé složky čl. 17 Listiny, kdežto novinář je realizuje v souvislém řetězci, který počíná sběrem informací, jejich rozšiřováním (zpravodajství) a vyjadřováním stanovisek a vysvětlováním souvislostí (publicistika) nebo jejich kombinací, navíc se opírá o svobodu volby povolání a svobodu podnikání v oboru masmédií. – viz. blíže Filip, J. Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva 2. doplněné vydání. Masarykova univerzita v Brně, , 2004, s. 130

³ Srov. např. Mates, P.: K některých otázkám uplatňování e-govermentu v České republice, Právní fórum 12/2005, ASPI Praha, str. 478 a další literatura tam uvedená

⁴ Viz. blíže Filip, J. Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva 2. doplněné vydání. Masarykova univerzita v Brně, , 2004, s. 136-141

Právo na informace je považováno za jedno z nejdůležitějších (samozřejmě při vědomí faktu, že hovořit o „nejdůležitějším“ právu je ze strany této práce jistá smělost, která doprovází každé zjednodušení) práv, která jsou zaručena v Listině základních práv a svobod.

Jedním ze stavebních kamenů Listiny je její přirozenoprávní pojetí, což mj. dokládá preambule.⁵ Listinněprávní preambule přímo uvádí uznání neporušitelnosti přirozených práv člověka, práv občana a svrchovanost zákona. Taktéž zmiňuje návaznost na obecně sdílené hodnoty lidství. Pramenem lidských práv je sama lidská bytost - člověk, jenž je přirozeně nadán jistými právy. Lidská práva tedy v žádném případě nelze pojímat jako práva státu, který by je tvořil. Zakotvení a garance lidských práv to je úkol moderního demokratického státu. Stát samozřejmě nemůže lidská práva zrušit, jak se praví v článku 1 Listiny, základní práva a svobody jsou nezrušitelná.

Za další pojmové aspekty základních práv a svobod možno konstatovat jejich nezadatelnost, nepromlčitelnost a nezcizitelnost.⁶ Tyto vlastnosti vyplývají z přirozeného práva. Právo na informace tedy lze charakterizovat následujícími znaky, které vyplývají z jeho zařazení do Listiny základních práv a svobod, a skrze články 3 a 112 této Listiny do ústavního pořádku České republiky.

Naznačenými právními vlastnostmi práva na informace, jako práva být informován a práva informace šířit, jsou tedy nezadatelnost, nezcizitelnost, nepromlčitelnost, nezrušitelnost.

V neposlední řadě musíme za vlastnost práva na informace jako ústavního práva označit možnost jeho přímé aplikace resp. tzv. samo-vykonatelnost ústavního práva, ze které mj. vyplývá⁷, že ještě před platností a účinností zákona číslo 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím či z.č.123/1998 Sb. o informacích o životním prostředí, už byla veřejná správa České republiky povinna poskytovat požadované informace. Přirozeně s výjimkou: Pakliže by tomuto poskytnutí již tehdy zabráňovalo určité relevantní zákonné ustanovení (např. ochrana utajovaných skutečností)

⁵ Srov. volně např. F.Šamalík : Právní stát a renesance „přirozeného práva“, Právník č.10-11/1993 nebo Pavlíček, V.: Ústava a ústavní řád České republiky – Komentář, 2.díl 34-37

⁶ Srov. čl.1 Listiny základních práv a svobod

⁷ Což si žel neprávnická a novinářská veřejnost neuvědomuje, takže se mylně domnívá, že právo na informace resp. svobodný přístup k informacím je nový fenomén, přicházející v úvahu až s nástupem 3. tisíciletí.

.8 Kvůli neexistenci vědomí či alespoň povědomí mezi veřejností a (de facto i mezi právníky) o možnosti zmíněné přímé aplikace práva na informace, žel ani nedocházelo k příliš časté realizaci podávání žádostí o informace dle čl.17 LZPS. Z této „předstošestkové“ doby je vhodné připomenout usnesení Ústavního soudu České republiky ze dne 16. května 1996 sp. zn. III. ÚS 28/96 ve věci ústavní stížnosti V. M. proti ministru zemědělství České republiky o poskytnutí informací. III.ÚS 28/96, kde se mj. píše (volně a zkráceně citováno): Právo na informace je nepochybně subjektivním právem každého občana. Odmítnout poskytnutí takové informace je možné pouze v případech zákonem výslovně stanovených. Takové rozhodnutí je dle názoru ÚS ČR rozhodnutím správního orgánu a tedy soudně přezkoumatelné⁹. Zajímavostí je, že stěžovatel (kterým byl budoucí ministr Vladimír Mlynář, tehdy ještě v pozici šéfredaktora týdeníku Respekt) se svou stížností neuspěl, ale právní názory obsažené v tomto judikátu ÚS ČR se staly důležitou inspirativní posilou pro budoucí ochranu práva na informace.

Dalším projevem práva na informace v ústavní rovině je právo na informace o životním prostředí, které je upraveno 35 LZPS Ze systematiky LZPS je evidentní , že toto právo spadá pod skupinu hospodářských, sociálních a kulturních práv. Článek 35, konkrétně jeho druhý odstavec vymezuje, že každý má právo na včasné a úplné informace o stavu životního prostředí a přírodních zdrojů. Zároveň, ale musí být zohledněn článek 41, takže práv, která jsou uvedena v článku 35 je možné se domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí.

Česká a moravská právní publicistika se opakovaně věnovala tématice práva na informace. Ke komplexnějšímu porozumění nám může napomoci rovněž stručné seznámení s právní úpravou této oblasti v právních řádech jiných států světa – jak evropských tak i mimoevropských. Autor se věnuje i státům, které byly v naší právní vědě prozatím opomíjeny – kupříkladu země jihoamerické a středoamerické.

⁸ Na možnost již dřívější aplikace práva na informace mj. upozornil např. i O.Kužilek v rámci svých přednášek na PF MU v Brně Svoboda informací – předpisy a praxe , organizátorem zmíněných akcí, které se na PF MU konají každoročně od roku 2005 , je autor tohoto článku

⁹ Srov. Korbel, F. a kol. : Právo na informace (komentář) Linde Praha, str.22, který taktéž připomíná tento skoro až legendární judikát ve svém komentáři.

Slovensko

Naši exkurzi začneme Slovenskou republikou , která je díky dlouholetému společnému politickému a právnímu vývoji zemí s nejbližším právním řádem k ČR. Slovensko má analogicky jako ČR zakotveno právo na informace také jako součást slovenské Listiny, tedy na nejvyšším stupni hierarchie právních předpisů. Stejně tak, je zde upraveno právo na informace o životním prostředí, čímž se Slovensko řadí k státům upravujícím tuto problematiku na ústavní úrovni.

Zákonné zakotvení : stěžejní úpravu obsahuje zákon “Národnej Rady Slovenskej republiky č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o slobodě informací)” s účinností od 1. ledna 2001. Problematika je upravena podobně jako v ČR.¹⁰

Maďarsko

V ústavě maďarské republiky (podle úprav z roku 1997) lze najít reflexi práva na informace v souvislosti se svobodou názoru (článek 61). Její součástí je totiž navíc právo na přístup k informacím a právo šířit informace veřejného zájmu,¹¹ jež může (a má) sloužit k realizaci ustanovení odstavce 1 článku 70, že všichni maďarští občané mají právo účastnit se na veřejných záležitostech, a to včetně práva účastnit se místního či celostátního referenda.¹² Maďarská norma norem tedy pojem informace nepoužívá jako většina jiných zemí (třeba jako i naše republika) bez přívlastku, ale již přímo v konstitutivním textu zdůrazňuje politický (veřejný) charakter ústavou garantovaných informací a svobody nakládání s nimi. V české ústavě je toto přídavné jméno jaksi „zasunuto“, avšak vyplývá ze smyslu naší ústavy, jelikož - jak již bylo zmíněno výše - právo na informace je v ČR

¹⁰ Blíže např. www.infozakon.sk.

¹¹ Srov. čl. 17 LZPS, kde se hovoří o informacích, nikoliv přímo jen o těch které mají význam týkající se veřejného zájmu

¹² Srov. Ústavy států Evropské unie, 2.díl, Linde Praha, 2005, str. 173 – překlad ústavy VI. Klokočka

bezpochyby právem politickým, tedy se rovněž jedná o informace veřejného zájmu.

Maďarský „Info-Zákon“ z roku 1992 („Act on Protection of Personal Data and Disclosure of Data of Public Interest - Törvény a személyes adatok védelméről és közzétételéről közérdekű adatok nyilvánosságáról“) si klade ve své preambuli za cíl v souladu s ustanoveními maďarské ústavy legislativně zabezpečit základní pravidla upravující ochranu osobních údajů a implementaci práva na přístup k údajům veřejného zájmu, což je stejně vyjádřeno také v článku 1 tohoto zákona.

SRN

Základní zákon spolkové republiky Německo (podle změn z roku 1998) pod svobodu projevu ve svém článku 5 odst.1 (věta první in fine) zahrnuje též právo nerušeně se informovat z obecně přístupných pramenů¹³. Toto právo je součástí skupiny základních práv, které německá federální ústava řadí v odstavci 3 článku 1 pod skupinu práv, která jsou závazná pro moc zákonodárnou, výkonnou i soudní jako přímo aplikovatelné právní předpisy. Pro informační komplexnost dodejme svobodný přístup k informacím není v citovaném Základním zákoně (čl. 5) vymezen *expressis verbis*, ale je konstantně dovozován až relevantní judikaturou a taktéž německou právní doktrínou.

Z ústavní úpravy vychází institut svobodného tisku, upravený v zákonech týkajících se této problematiky. Novináři by měli představovat prostředníky či zprostředkovatele mezi veřejnou správou a občany, kteří mají na právo na informace zaručené ústavou. Novináři mají proto nárok na informace od veřejné správy. Právo na informace a jeho omezení je pak upraveno v několika dalších zákonech.

Celoněmecká úroveň – na popud federální vlády byl dne 5. září 2005 přijat zákon o svobodě informací. Tento právní předpis přiznává každé osobě bezpodmínečné právo na přístup k federálním veřejno-správním informacím.¹⁴

¹³ Srov. Klokočka, V., Wagnerová, E.: Ústavy států Evropské unie, Praha, Linde, 1997, str. 236

¹⁴ Volně cit. http://en.wikipedia.org/wiki/Freedom_of_information_legislation#germany

Devět ze šestnácti spolkových - Berlín, Braniborsko, Severní Porýní-Vestfálsko, Šlesvicko-Holštýnsko, Hamburk, Brémy, Meklenbursko-Přední Pomořansko, Sársko a Thüringen – má své vlastní zákony o svobodném přístupu k informacím.¹⁵

Práva na informace (resp. bránit se proti neposkytnutí informace) se lze také domáhat, stejně jako v ČR, žalobou podanou ke správnímu soudu.

Švédsko

Švédské království je v otázce otevřenosti veřejné správy a svobodného přístupu k informacím (fri tillgång till information) pokládáno za jednu ze „vzorových zemí“.

Ve švédské ústavě (Regeringes formen) článek 1 kapitoly 2 zahrnuje v odstavci 2 svobodu informací („freedom of information - informationsfrihet“) definovanou jako svobodu získávat a přijímat informace a jinak se seznamovat se stanovisky ostatních. Zmíněné ustanovení je zrcadlovým obrazem odstavce 1, který definuje svobodu projevu jako svobodu sdělovat a vyjadřovat ideje, názory a emoce jakoukoli formou.

Omezení práva na přístup k informacím může být ve Švédsku založeno jen na základě ústavní či zákonné úpravy a pouze k dosažení cílů přijatelných v demokratické společnosti. Omezení nesmí nikdy přesáhnout skutečnou nutnost s ohledem na jeho účel. Žádné omezení nesmí být učiněno pouze na základě politických, náboženských, kulturních nebo jiných takových názorů (článek 12 švédské ústavy).¹⁶

¹⁵ Viz. též http://en.wikipedia.org/wiki/Freedom_of_information_legislation#germany

¹⁶ Při studiu švédské ústavy mne mj. zaujal čl. pátý, kde se *expressis verbis* stanoví, že ustanovení této ústavy, která se týká krále, se použijí i pro královnu, je-li hlavou státu. Mám za to, že zmíněnou „legislativní figuru“ by mohl použít i český zákonodárce např. při úpravě našeho obecního zřízení, kde se opakovaně hovoří pouze o starostovi a právní předpis (z.č.128/2000 Sb., o obcích), zde vůbec nepočítá s tím, že v řadě českých obcí vykonávají tuto municipální funkci i osoby opačného pohlaví. Rovněž oficiální Pravidla českého pravopisu by svědčila použití výrazu „starostka“. Za využití švédského ústavního modelu by pak např. ustanovení § 103 – úvodní paragraf reglementující postavení starosty – mohl znít: Ustanovení tohoto zákona, která se týká starosty, se použijí i pro starostku. Viz. též obdobná úprava obsažená v Jednacím řádu Výboru regionů EU - funkce a úřední postavení uvedené v Jednacím řádu zahrnují mužský i ženský rod – viz. www.cor.europa.eu/fr/documents/rules.htm

Oproti jiným zemím není ve Švédsku samostatně legislativně upravena oblast práva na přístup k informacím. Související právní normy totiž obsahuje ústavní zákon o svobodě tisku, který si klade za cíl zabezpečit také svobodnou výměnu názorů a dostupnost srozumitelných informací pro každého švédského občana. Pro tento účel má mít každý volný přístup k úředním dokumentům, který může být omezen pouze v předepsaných situacích a každé omezení tohoto práva musí být také specifikováno ustanoveními speciálních zákonů nebo konkretizováno nařízeními vlády. Tento ústavní právní předpis přitom zakotvuje také právo publikovat úřední dokumenty.

Švédský právní vědec a bývalý ombudsman pro tisk¹⁷ Hans-Gunnar Axberger (nar.1952) mj. konstatuje: Mnohé právní předpisy ve Švédsku byly koncipovány tak, aby posílily zásadu veřejného přístupu, tedy prakticky usnadnily a zajistily otevřený přístup. Např. všechny veřejné úřady a agentury jsou povinny uchovávat registr dokumentů, který usnadní veřejný přístup. Registr musí také zahrnovat materiál, který spadá pod pravidla o důvěrnosti. Je tedy možné uchovat obsah dokumentu v tajnosti, ale jen zřídka jeho existenci.¹⁸ Axberger dále mj. připomíná, že další ustanovení, které podporuje zásadu veřejného přístupu je opravný prostředek. Pokud veřejný činitel nebo agentura odmítne uvolnit dokument, je možné proti tomu podat odvolání u soudu. Švédský docent dále varuje, že není neobvyklé, že soud se rozhodne ve prospěch toho, kdo odvolání podal.

Finsko

Finská ústava zaručuje v odstavci 1 sekci 12 (Section 12 - Freedom of expression and right of access to information) každému svobodu projevu, která obsahuje právo vyjadřovat, šířit a obdržet informace, názory a jiné sdělení bez předchozí ochrany kohokoli jiného, přičemž detailnější ustanovení upravující výše zmíněné mají být součástí zákona.¹⁹

¹⁷ Zmíněným ombudsmanem pro tisk byl v letech 1990-1992, nyní působí na Stockolmské universitě

¹⁸ Cit. <http://www.otevrete.cz/index.php?akce=clanek&id=100>, vydal Švédský Institut, BOX 7434, S-10391 Stockholm, Sweden, *Překlad: Nadace Partnerství Programu "Právo na informace"*

¹⁹ Anglickou (taktéž finskou a švédskou) verzi finské ústavy je možné dohledat na adrese stránek finského ministerstva spravedlnosti www.om.fi (které jsou celé i v anglickém jazyce), zmíněná ústava je v rámci těchto stránek konkrétně na <http://www.om.fi/21910.htm>

Zmíněná dvanáctá sekce ve svém odstavci 2 stanoví, že dokumenty a záznamy (documents and recordings) ve vlastnictví úřadů jsou veřejné, pokud nebyla pro nutné účely omezena zákonem.²⁰

Každý má právo na přístup k veřejným dokumentům a záznamům. Toto právo může být odrazem povinnosti veřejných úřadů podporovat možnosti jednotlivců podílet se na společenských aktivitách a ovlivňovat rozhodnutí, která se jich týkají, viz. sekce 14 finské ústavy.

V zákonné rovině je stěžejní zákon o otevřenosti vládních aktivit (Act on the Openness of Government Activities), který nabyl účinnosti počátkem roku 2003. Mj. stanoví, že právo na svobodný přístup k informacím (finsky - vapaan tiedonsaannin) a povinnosti úřadů vyplývající z tohoto zákona mají podporovat otevřenost finské veřejné správy a mají umožnit fyzickým osobám a právnickým osobám monitorovat činnost veřejných úřadů a využívání veřejných zdrojů, a dále pak svobodně si vytvářet názory, ovlivňovat činnost veřejných úřadů. ²¹ Informační povinnost se ve Finsku týká veškerých subjektů vykonávající funkce veřejného správního úřadu.

Pod pojem úřad totiž zahrnuje v části čtvrté: úřady státní správy a jiné státní orgány, rovněž soudy všech stupňů subjekty státního podnikání; obecní (městské) úřady, a dále např. finskou centrální banku, Parlament jeho veškeré instituce, dále úřady vykonávající úkoly státní správy, nezávislé úřady, konzultativní orgány, komise, výbory, pracovní skupiny, auditory municipalit či jejich svazů a všechny ostatní obdobné subjekty, kterým je stanoveno provádět cíle a úkoly na základě právního předpisu či rozhodnutí správního úřadu.²²

Na finském zákonu je mj. zajímavé, že povinným subjektům nařizuje zpřístupnit rovněž informace o teprve chystaných legislativních změnách.

Stejně tak mají povinnost informovat i o plánech, stanoviscích a o mezitímních rozhodnutích v dosud nerozhodnutých záležitostech. Samozřejmě jen v případě, že se na ně nevztahují ustanovení o odepření informace (např. utajovaná skutečnost). Povinný subjekt musí mj. informovat i o dosavadním stupni dosaženého rozhodnutí.

²⁰ Srov. Špaček, D.: Právo na informace ve veřejné správě, Veřejná správa 12/2003, Praha

²¹ Volně cit z Špaček (2003) op.cit. výše, který citoval z stránek finského ministerstva spravedlnosti www.om.fi (které jsou přístupné i v anglické a švédské verzi verzi). Autor tohoto článku zmíněné stránky samozřejmě také navštívil a mj. jej upoutala skutečnost, že předmětný právní předpis týkající se otevřenosti finské veřejné správy je přímo v hlavním dokumentovém menu, a to na druhé pozici, hned pod ústavou a to dokonce i nad jazykovým zákonem. Což svědčí o velkém významu, který finská administrativa klade na transparentnost správy věcí veřejných

²² Srov. <http://www.om.fi/23963.htm> strukturu finské veřejné správy možno nalézt např. na ofic. stránkách www.suomi.fi

Velká Británie

Velká Británie jako jediný členský stát EU nemá systematickou psanou ústavu. Její ústava se skládá z více právních dokumentů, jejichž počet v průběhu dějinného vývoje narůstal (tzv. ústava v materiálním smyslu). Velice stručně řečeno: Při úpravě práva na informace se vychází z možnosti publikovat cokoli a nést následky až po publikaci a dále ze zásady, že dovoleno je vše, co není zakázáno. Omezení jsou upravena v řadě zákonů, především v zákoně o úředním tajemství ("Official Secrets Act"). Od 1.1.2005 je účinný nový zákon o volném přístupu k informacím. Současně s ním vstupuje v platnost i nařízení o informacích ohledně životního prostředí, které odpovídá požadavkům EU. K 1.1.2005 vstoupila v účinnost i novela zákona o ochraně osobních údajů.

Tímto zákonem má veřejnost právo získávat informace od veřejných orgánů, včetně ministerstev, orgánů místní samosprávy, škol, zdravotnických zařízení, poradenských institucí, policie, muzeí a dalších, vyjma bezpečnostních a výzvědných služeb a soudů. Výjimku tvoří dle M.Frankela²³ skotské veřejné orgány na které se použije vlastní skotský zákon o volném (svobodném) přístupu k informacím.

Požádáno může být o jakoukoli zaznamenanou informaci, bez ohledu na datum jejího vzniku. Dokonce i o staré státní dokumenty, které byly přes třicet let utajovány, musí být uvolněny (s přihlédnutím k omezení podle zákona).²⁴

²³ Viz. Frankel M, článek z The Guardian, prosinec 2004 - Guardian Newspapers Limited v citaci na www.otevrete.cz - <http://www.otevrete.cz/index.php?akce=clanek&id=544>,

²⁴ Viz. Frankel M (2004) op.cit. v předešlé poznámce

Republika Lotyšsko²⁵ –

Ústava republiky Lotyšsko²⁶ ve svém čl. 100 výslovně stanoví, že každý má právo na svobodný projev mínění, včetně práva svobodně získávat, uchovávat a dále předávat informace a vyjadřovat k nim své mínění. Cenzura je taktéž v Lotyšsku *expressis verbis* ústavně zakázána.²⁷

V Lotyšsku, stejně jako v Česku, existuje zákon o svobodném přístupu k informacím (*Informācijas atklātības likums*). Existuje zde také zákon o způsobu projednání žádostí, stížností a návrhů ve státních institucích a samosprávě (*Iesniegumu, sūdzību un priekšlikumu izskatīšanas kārtība valsts un pašvaldību institūcijās*).²⁸ Některé základní body týkající se právních aspektů odpovědí lotyšských institucí na dotazy např.:

- Do 7 dnů musí povinný subjekt předat dotaz či žádost o informaci kompetentní osobě či instituci a informovat o tomto kroku tazatele
- Do 15 dnů musí povinný subjekt odpovědět, pokud není potřeba vyžádat si doplňující informace, takže zde mají stejnou lhůtu jako v českém zákoně o svobodném přístupu k informacím
- Do 30 dnů, musí povinný subjekt odpovědět, pokud jsou potřeba doplňující informace odjinud

²⁵ Lotyšská Republika vznikla 18. listopadu 1918. Od roku 1920 byla nepřetržitě uznávána mnohými státy nehledě na okupaci Sovětským svazem (1940-1941, 1945-1991) a nacistickým Německem (1941-1945). 21. srpna 1991 vyhlásilo Lotyšsko obnovu své nezávislosti *de facto*.

²⁶ V českém označení státu *Latvijas Republikas* – tedy Lotyšsko – se mj. vyskytuje písmeno „eš“ o kterém se většina Čechů a Moravanů marně domnívá, že mimo náš jazyk se nevyskytuje, pozor lingvistickou zajímavostí je, že **lotyština** používá některá naše písmena a to nejen naše š ale i ě, ž. Pokud je zde použito zájmeno „naše“ nejedná se o projev nacionalismu autora, ale jde o historický fakt: český vědec Josef Zubatý, který pěstoval baltské jazyky a hlavně lotyštinu se stal jedním z hlavních konzultantů při transformaci lotyšského pravopisu ze spřežkového na diakritický a obohatil je o výše zmíněná písmena.

²⁷ Srov. Ústavy států Evropské unie, 2.díl, Linde Praha, 2005, str.133 – překlad ústavy VI. Klokočka za pomoci lotyšské ambasády

²⁸ Za relevantní informace k tomuto tématu děkuji paní Denise Seledyové z Oddělení kultury, vzdělání a tisku Lotyšského velvyslanectví v Praze

(v tomto případě je nutné, stejně jako v české právní úpravě, informovat tazatele o prodloužení lhůty předem)

Republika Estonsko

Dle ústavy této pobaltské republiky je právo na informace (Õigus saada teavet) zaručeno v článku 44.29 Každý má právo na informace, poskytované k obecnému použití.³⁰ Takže na rozdíl od české ústavy jsou tu informace přímo konkretizovány, jako ty které jsou určeny k obecnému použití, nikoliv všechny. Je zajímavé, že estonská ústava hovoří v čl.44 výslovně o estonských státních občanech, kteří mají právo na informace od státních institucí, místních samospráv a úředních osob v nich činných, tedy na první (nedbalejší) pohled nedává toto právo všem ((např. cizincům či apolitům (bezdomovcům) jako naše ústava)), ale jen estonským občanům, nicméně, kdo by pokládal estonskou ústavu v tomto směru za diskriminační, tak by vážně ústavně-právně pochybil, jelikož v úvodní části předmětné ústavy se mj. stanoví, že občané jiných států a osoby bez státní příslušnosti s pobytem v Estonsku³¹ mají stejná ústavní práva, tedy i právo na informace od tamějších státních orgánů. Takže i estonská právní úprava je dbalá doporučení Rady Evropy³² ohledně neomezení práva na informace z důvodu státního občanství. Další právně-teoretickou zajímavostí je fakt, že estonská konstituce mj. výslovně uvádí některé konkrétní důvody omezení práva na informace – jako např. utajení původu dítěte, odvrácení trestného činu etc. – tedy věci které jsou v jiných zemích upraveny „běžnými“ neústavními předpisy.

³³V zákonné rovině je estonské právo na informace upraveno zejména zákonem o veřejných informacích (Public Information Act). Tento zákon zahrnuje pravidla pro přístup k informacím estonské veřejné moci. Estonský info-zákon též obsahuje, stejně jako úpravy účinné v jiných zemích EU, určitá omezení. Public Information Act např. stanoví, že data označená jako státní tajemství spadají mimo působnost zmíněného

²⁹ Anglický překlad – „Estonia – Constitution“ je dostupný např. in : http://www.servat.unibe.ch/law/icl/en00000_.html, překladatel: Martin Scheinin

³⁰ Srov. Srov. Ústavy států Evropské unie, 2.díl, Linde Praha, 2005, str.65 – překlad ústavy VI. Klokočka za pomoci estonské ambasády

³¹ Tedy apolité, bezdomovci či apatridé

³² Viz. Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy o přístupu k informacím veřejných orgánů č. R (81) 19 z 25.11.1981

³³

zákona 34, státní tajemství je v Estonsku upraveno v *lex specialis* State Secrets Act – zákon o státním tajemství . 35

Republika Slovinsko

Ústava³⁶ této progresivní země (slovy čl. 2 slovinské ústavy – právního a sociálního státu) pamatuje na svobodu informací (prostý přístup do informací) ve článku č.39. Zde se garantuje: Svoboda mínění a projevu, svoboda veřejného vystupování, tisková svoboda a svoboda jiných forem veřejné informace a veřejného vyjádření se zaručují. Každý³⁷ může svobodně shromažďovat zprávy a názory³⁸, přijímat je a rozšiřovat je. Tedy i slovinská právní úprava je dbalá doporučení Rady Evropy³⁹ ohledně neomezení práva na informace z důvodu státního občanství.

S výjimkou zákonem stanovených případů má každý právo si opatřovat informace veřejného významu, má-li na tom zákonem podložený právní zájem.⁴⁰ Slovinská konstituční úprava je, co do označení samotného pojmu informace relativně nejpreciznější, stejně jako maďarská ústava hovoří o informacích veřejného významu, ale navíc nádavkem vyžaduje podložený právní zájem. V čl. 38 slovinské ústavy je pamatováno na ochranu osobních dat.

Mimoevropský miniexkurz

³⁴ Viz. paragraf . 2 odst. 2 estonského Public Information Act - viz.: <http://www.esis.ee/ist2004/106.html>

³⁵ Viz. <http://www.esis.ee/ist2004/111.html>

³⁶ Viz. Ústava republiky Slovinsko ze dne 23.12.1991 schválené Shromážděním republiky Slovinsko

³⁷ Tedy i občan ČR působící ve Slovinsku

³⁸ Což je de facto jen jiné označení pro informace

³⁹ Viz. Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy o přístupu k informacím veřejných orgánů č. R (81) 19 z 25.11.1981

⁴⁰ Srov. Ústavy států Evropské unie, 2.díl, Linde Praha, 2005, str.305 – překlad ústavy VI. Klokočka

Severní Amerika

Mimo – alespoň mezi právníky - legendárního amerického Freedom of Information Act (Zákon o svobodě informací) – USA 1966. který se ostatně stal zásadní (ne však jedinou) předlohou pro náš z.č.106/1999 Sb. a kanadského zákona o svobodě informací z roku 1982 (který je hodně podobný tomu z USA) se porozhlédněme i do méně reflektovaných částí amerického kontinentu.

Ke kanadské právní úpravě dodejme, že každá kanadská provincie⁴¹ má svůj vlastní právní předpis regulující přístup k informacím a v mnoha případech mají i vlastní „provinční“ (regionální) legislativu upravující ochranu soukromí. Na ochranu soukromí je v Kanadě (nota bene stejně jako v USA) kladen vysoký právní důraz.

Střední a Jižní Amerika

Pro zajímavost tedy uvedme, že v 3.tisíciletí si legislativa upravující svobodný přístup k informacím (el libre acceso a la información) razí svou cestu i ve Střední a Jižní Americe. Například v roce 2002 schválil zákon o svobodném přístupu k informacím mexický Senát⁴², rovněž peruánský Kongres v téže roce přijal Zákon o přístupu k informacím.⁴³ Ve zmíněném roce 2002 přijal „Zákon o přístupu k informacím“ i Jamajský parlament.⁴⁴ Doplňme, že Jamajka je jedním ze států (stejně jako ČR) kde se konají tzv. Oslavy dne svobody informací, 28. září (Right to Know Day). Ve stejném regionu se k oslavám připojil ještě Salvador a výše zmíněné Mexiko.⁴⁵

Chile - článek osmý chilské Ústavy zaručuje každému právo na informace. Dlouho však chyběl nějaký zákonný prováděcí předpis. Až rok 2009 konečně přinesl legislativní změnu.

⁴¹ Např. Alberta, Ontario, Quebec

⁴² Problematicke svobodného přístupu k informacím se v Mexiku věnuje především společnost Libertad de información - Mexico A.C. (LIMAC), která provozuje stránky www.limac.org.mx. Funguje od roku 2002, předsedou a hlavním bojovníkem za právo na informace (derecho a la información) v Mexiku je *Ernesto Villanueva*,

⁴³ Viz. <http://old.otevrete.cz/index.php?akce=clanek&id=212>

⁴⁴ Viz. též <http://old.otevrete.cz/index.php?akce=clanek&id=212>

⁴⁵ Srov. mapa na internetových stránkách <http://www.foiadvocates.net/map.htm> - stránky organizace Freedom of Information Advocates Network – tedy v překladu „Síť ochránců (advokátů) práva na informace – působí v mnoha zemích celého světa včetně ČR.

Dnešní zákonná rovina - zákon o přístupu k veřejným informacím (Ley de Acceso a la Información Pública) vstoupil v platnost dne 20.dubna 2009, takže Chile se relativně nedávno přidalo do pomyslné plnohodnotné „svobodoinformační“ rodiny.⁴⁶

Brazílie - článek 5 - XXXIII brazilské Ústavy stanoví, že "každý má právo na informace od veřejných subjektů a to ať už ve svém vlastním zájmu nebo ve veřejném zájmu". Hlavním federálním předpisem upravujícím tuto oblast je zákon č. 8.159/1991, který v článku 22 přiznává občanům právo na "plný přístup k veřejným dokumentům", a to i k dokumentům v elektronické podobě.⁴⁷ Zajímavá brazilská aktuální info-causa - Ústavní soud Brazílie 8. července 2009 rozhodl, že primátor Sao Paula měl právo zveřejnit on-line platy všech zaměstnanců města. Toto primátorovo rozhodnutí předtím zrušil Vrchní soud v Sao Paulo kvůli bezpečnosti osob.⁴⁸

Kolumbie - Kolumbijská ústava přiznává právo na přístup k veřejným informacím prostřednictvím zákona 57 z roku 1985. Vztahuje se na dokumenty, které jsou v dispozici kolumbijské státní zprávy. Nicméně v praxi, vzhledem ke složité situaci v této zemi, poskytování informací ze strany státních orgánů leckdy pokulhává.⁴⁹

Japonsko

⁴⁶ Srov. a blíže např. <http://www.elmostrador.cl/index.php?noticias/articulo/ley-de-acceso-a-la-informacion-publica-convierte-a-chile-en-lider-en-materi//> nebo <http://www.chiletransparente.cl/> či http://en.wikipedia.org/wiki/Freedom_of_information_legislation#Chile

⁴⁷ Viz. http://en.wikipedia.org/wiki/Freedom_of_information_legislation#Brazil

⁴⁸ Viz. <http://old.otevrete.cz/index.php?akce=clanek&id=763> a Paula Martins in www.article19.org, Primátor Sao Paula Gilberto Kassab rozhodl, že nové webové stránky, dohlížející na veřejné výdaje („De Olho nas Contas“), mají obsahovat jmenný seznam všech civilních zaměstnanců napojených na město - včetně 147,000 zaměstnanců centrálního úřadu a dalších 15,000 nepřímých zaměstnanců - s jejich zařazením, **platem** (!) a místem pracoviště. Dvě sdružení civilních zaměstnanců proti tomuto rozhodnutí podala žaloby. Na jejich základě vydal Vrchní soud v Sao Paulo předběžné opatření a informace byly staženy z webu. Město se obrátilo k Ústavnímu soudu, jenž předběžné opatření zrušil a rozhodl, že informace se mohou zveřejňovat.

⁴⁹ Viz. http://en.wikipedia.org/wiki/Freedom_of_information_legislation#Colombia nebo http://www.theblackvault.com/wiki/index.php/Freedom_of_Information_Act

V Japonsku byl zákon o přístupu k informacím, které mají správní orgány⁵⁰ vyhlášen v roce 1999. Zmíněný zákon je v Zemi vycházejícího slunce v účinnosti od roku 2001.⁵¹ Citovaný právní předpis reglementuje roli, jak orgánů státní správy, tak i orgánů územních samospráv při poskytování požadovaných informací, dále pak ustanovuje orgán, zabývající se posuzováním odmítnutých žádostí a také upravuje povinnost publikace veřejnoprávních informací způsobem umožňující dálkový přístup, tedy na internetu.⁵² V roce 2003 byl přijat pomyslný protipól, tedy japonský zákon o ochraně osobních údajů.

Nový Zéland

Novozélandský zákon o svobodném přístupu k informacím je z roku 1982. Účelem tohoto právního předpisu, který byl přijat za působnosti tzv. 3. národní vlády v citovaném roce 1982, je aby se veřejnosprávní informace staly více přístupnými veřejnosti. Tedy, aby byly takřka volně k dispozici každému žadateli. Děje se tak ovšem v souladu s veřejným zájmem a při zachování práva na ochranu soukromí – resp. osobních údajů.⁵³

⁵⁰ V originále - 行政機関の保有する情報の公開に関する法律

⁵¹ Viz. www.japaneselawtranslation.go.jp/law/

⁵² Viz. <http://freedominfo.org/countries/japan.htm>

⁵³ Viz. http://en.wikipedia.org/wiki/Official_Information_Act_1982

Literature:

- Filip, J. Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva 2. doplněné vydání. Masarykova univerzita v Brně, , 2004,
- Klokočka, V., Wagnerová, E.: Ústavy států Evropské unie, Praha, Linde, 1997,
- Korbel, F. a kol. : Právo na informace (komentář) Linde Praha, 2005
- Mates, P.: K některých otázkám uplatňování e-govermentu v České republice, Právní fórum 12/2005, ASPI Praha,
- Pavlíček , V.: Ústava a ústavní řád České republiky – Komentář , 2.díl, Praha, Linde, 1999
- F.Šamalík : Právní stát a renesance „přirozeného práva“ , Právník č.10-11/1993
- Axberger, H.A. in ://www.otevrete.cz/index.php?akce=clanek&id=100, vydal Švédský Institut, BOX 7434, S-10391 Stockholm, Sweden, Překlad: Nadace Partnerství Programu "Právo na informace"
- Špaček, D.: Právo na informace ve veřejné správě, Veřejná správa 12/2003, Praha
- internetové zdroje: <http://www.om.fi/23963.htm>,
<http://www.esis.ee/ist2004/111.html>,
www.japaneselawtranslation.go.jp/law/,
<http://freedominfo.org/countries/japan.htm>

Contact – email

kolman@law.muni.cz

KRAJSKÉ REFERENDUM V ČESKÉ REPUBLICE A NA SLOVENSKU

MICHAL MÁRTON

Trnavská univerzita v Trnavě, Právnická fakulta

Abstract in original language

Cílem příspěvku je komparace právní úpravy krajského referenda v České a Slovenské republice, která se v České republice stala aktuální v souvislosti s účinností zákona č. 118/2010 Sb., o krajském referendu, a to od 1. ledna 2011. Text je vnitřně členěn do tří, logicky na sebe navazujících částí: ústavní základy krajského referenda, vybraným institutům krajského referenda se věnuje následující kapitola, závěr přináší spíše praktické otázky o potencionálním fungování institutu krajského referenda v budoucnosti, především v České republice. Institut krajského referenda je komparován napříč vnitřním členěním příspěvku.

Key words in original language

Kraj; samospráva; krajské referendum; ústava.

Abstract

The aim of the paper is the referendum in county level in Czech republic and Slovakia. This theme has become actual in the Czech republic when the act n. 118/2010 Sb. (act on county referendum) came in the force since the 1 st of January 2011. The paper is structuralized into three chapters: constitutional basement of county referendum and legal definition of county, second chapter provides introduction to basic institutes of county referendum, and the last chapter presents the autors considerations about possibilities of this institut in future, especially in the Czech republic. Text is based on compararison of this institute throught the chapters.

Key words

Constitution; county; county referendum; referendum; self government.

I. Ústavní základy krajského referenda

Ústavní pořádek České republiky není institutu přímé demokracie nakloněn. Článek 2 Ústavy explicitně preferuje zastupitelskou demokracii na úkor demokracie přímé. Podle prvního odstavce platí, že *lid je zdrojem*

veškeré státní moci; vykonává ji prostřednictvím orgánů moci zákonodárné, výkonné a soudní. Následující odstavec citovaného ustanovení pak stanoví, že *Ústavní zákon může stanovit, kdy lid vykonává státní moc přímo*.¹ Ústava předmětným článkem skýtá nejednoznačný výklad v otázce přímé demokracie.² Rovněž je otázkou, zda není ustanovení článku 2 odst. 2 nadbytečné, a to v kontextu dikce článku 9 odst. 1 české ústavy, který umožňuje zákonodárci modifikovat ústavu skrze cestou ústavních zákonů. Nic by tak zákonodárci nebránilo přijmout ústavní zákon o referendu, který by se stal součástí ústavního pořádku.³ Citovaná ustanovení jsou v aplikační praxi vztahována na referendum celostátní, resp. národní.

Ústavní základ referenda na území vyššího samosprávného celku vychází z ustanovení týkajících se práva na samosprávu: článek 99 – správní členění: *Česká republika se člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky*. Těmto celkům je zaručeno právo na samosprávu čl. 100 odst. 1 Ústavy: *Územní samosprávné celky jsou územními společenstvími občanů, která mají právo na samosprávu*. Uvedené pak dotváří čl. 21 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“): „*Občané mají právo podílet se na správě věcí veřejných přímo nebo svobodnou volbou svých zástupců*.“ Správa věcí veřejných je pojem široký, který zahrnuje jak

¹ Srov. též dikci článku 10a Ústavy České republiky

² Litera Ústavy tak skýtá nejednoznačný výklad a je nutno ji interpretovat v souladu s ostatními normami ústavního pořádku. Vhodnost či prospěšnost přímé demokracie je limitována a ústavní zákon by měl stanovit pravidla, kdy k referendu nebo jiným přímým formám demokracie má či může dojít, ať už z hlediska věcných vztahů (o čem se má rozhodovat), jakož i procedurální hledisko (technika referenda nebo jiné přímé formy demokracie). Ústava se v tomto směru může jevit jako neúplná, a její dotvoření bude dosaženo přijetím relevantních ústavních zákonů. Je nutné rovněž podotknout, že Ústava v tomto směru dává možná až přílišnou volnost jakým způsobem referendum upravit, zda má být přijat komplexní ústavní zákon o referendu, stanovící podmínky, za kterých může být vyhlášeno, a nebo má být přijat ústavní zákon o referendu „na jedno použití“. Rovněž dikce „ústavní zákon může stanovit“, nevylučuje výklad, že tak může stanovit zákon běžný. Pavlíček, V., Hřebejk, J. Ústava a ústavní řád České republiky. Praha, 1998, s. 57-59

³ Suchánek, R. Obecné celostátní referendum v České republice – soumrak parlamentarismu. In Interpretace Ústavy České republiky a Ústavy Slovenské republiky. Praha, Univerzita Karlova, 2007, str. 32

centrální, tak regionální úroveň, přičemž pokud jde o centrální úroveň, pak toto ustanovení stojí do jisté míry v kontrapozici s dikcí článku 2 Ústavy⁴.

Východiskem ústavního zakotvení místního referenda v republice Slovenské jsou následující články Ústavy Slovenskej republiky (dále jen „slovenská ústava“), a to čl. 2 odst. 2, čl. 30 odst. 1, článek 67 odst. 1.)

Článek 2 odst. 1 (základní ustanovení) aprobuje institut přímé demokracie rovnocenně s demokracií zastupitelskou: *„Státní moc pochází od občanů, kteří ji vykonávají prostřednictvím svých volených zástupců nebo přímo.“* Přímý výkon státní moci občany je slovenskou ústavou v tomto ustanovení garantován, a následně realizován dalšími ustanoveními (čl. 7, hlavou V, oddíl II – referendum, čl. 68). Referendum na celostátní úrovni je tak dáno na roveň zastupitelské demokracii, čemuž napovídá i systematika slovenské ústavy, kde je referendum zařazeno jako samostatný oddíl moci zákonodárné, která pochází od dvou zdrojů (Národní rada SR – jednokomorový parlament a referendum), což je zásadní rozdíl oproti české ústavní úpravě, která „umožňuje“, nikoli „garantuje“.

Ústava Slovenské republiky vedle celonárodního referenda obsahuje též explicitní ustanovení týkající se referenda regionálního. Podle článku 67 odst. 1 ústavy platí, že: *Územná samospráva sa uskutočňuje na zhromaždeniach obyvateľov obce, miestnym referendom, referendom na území vyššieho územného celku, orgánmi obce alebo orgánmi vyššieho územného celku. Spôsob vykonania miestneho referenda a referenda na území vyššieho územného celku ustanoví zákon.* Ústava tak rozlišuje regionální referendum na území vyššího územního celku – kraje, a dále referendum místní – na úrovni obce. Článek 21 odst. 1 Listiny garantuje

⁴ Nechápeme –li ve stejném významu právo občana podílet se na správě věcí veřejných přímo, které garantuje listina a právo rozhodovat přímo na základě vůle zákonodárce projevené kvalifikovanou většinou

v České republice právo občanům právo realizovat správu věcí veřejných⁵ přímo, narozdíl od taxativního výčtu způsobů výkonu územní samosprávy ve slovenské ústavě⁶. Pokud bychom hledali v české ústavě ustanovení, které by hovořilo a způsobu výkonu obecní samosprávy, narazili bychom na ustanovení článku 100 odst. 1 a odst. 2, ve kterém je stanoveno, že obec, stejně jako vyšší územně samosprávný celek je samostatně spravována zastupitelstvem. V kontextu slovenské úpravy působí citovaná ustanovení článku 100 opět citelně preferenčně směrem k zastupitelskému způsobu správy nižších samosprávných jednotek. Z výše uvedeného pak vyvozují závěr, že ačkoli český ústavní pořádek explicitně nehovoří o místním referendu, je článek 21 odst. 1 Listiny jeho ústavním základem, díky němuž nemůže být zákon o místním ani krajském referendu v rozporu s ústavním pořádkem.

Česká i Slovenská republika jsou unitárními státy⁷, které se následně dělí na nižší územně správní jednotky. Podle článku 99 ústavy je v České republice základní územně správním celkem obec a vyšším územně samosprávným celkem kraj. Vyšší územně samosprávný celek lze zřídit nebo zrušit pouze ústavním zákonem, kterým je ústavní zákon č. 347/1997 Sb., o vytvoření vyšších územně samosprávných celků, který v současné podobě stanoví 13 vyšších územně samosprávných celků⁸. Obdobnou dikci organizace samosprávy skýtá slovenská ústava v čl. 64 – základem územní samosprávy je obec. Územní samosprávu tvoří obec a vyšší územní celek. Na rozdíl od české úpravy je vyšší územní celek zřízen předpisem nižší

⁵ pojem veřejná správa je širokým obecným pojmem, který zahrnuje jak výkon státní správy, tak samosprávy. Základní vymezení veřejné správy in Průcha, P. Správní právo, obecná část. 5. vydání. Brno: PF MUNI, 2003, str. 27-44

⁶ slovenská ústava obsahuje ustanovení totožného znění v části politická práva čl. 30 odst. 1 jako Listina článek 21 odst. 1: *občané se mají právo podílet na správě věcí veřejných přímo anebo svobodnou volbou svých zástupců*

⁷ čl. 1 odst. 1 ústavy ČR: Česká republika je svrchovaný, jednotný a demokratický právní stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana. čl. 1 odst. 1 věta I. ústavy SR: Slovenská republika je svrchovaný, demokratický a právní stát.

⁸ Hlavní město Praha, Středočeský kraj, Pardubický kraj, Královéhradecký kraj, Liberecký, Karlovarský, Ústecký, Plzeňský, Jihočeský, Moravskoslezský, Olomoucký, Zlínský, Jihomoravský, Kraj Vysočina

právní síly – zákonem č. 302/2001 Z.z., o samosprávě vyšších územných celkov (dále jen „slovenský zákon o krajích“), který zřídil 8 krajů⁹. Skrze vymezení krajů v obou zemích, které je významné vymezení referenda ve vztahu k území – regionální, a které určuje územní jednotky, na kterých může být realizováno – vyšší samosprávní celek, je nanejvýš vhodné přejít k právní práve vlastního referenda.

II. Krajské referendum

Po dlouhých peripetiích včetně vrácení prezidentem republiky v České republice vstoupil 1. lednem 2011 letošního roku v účinnost zákon o krajském referendu (dále jen „český zákon o krajském referendu“). Jedná se o samostatnou právní normu, která zásadně vychází ze zákona o místním referendu¹⁰, což bylo také cílem zákonodárce.¹¹

Ve Slovenské republice je ustanovení o krajském referendu součástí zákona o krajích¹², přičemž i v tomto případě zákonodárce vycházel z právní úpravy obecního referenda, resp. ustanovení § 11a zákona č. 369/1990 Zb., o obecnom zariadení (dále jen „slovenský zákon o obcích“), které upravuje místní referendum v zákoně o obcích.¹³

Předmět krajského referenda český zákon o krajském referendu vymezuje jednak pozitivně a jednak negativně. Dle ustanovení § 6 odst. 1 se v krajském referendu rozhoduje o věcech, které náleží do samostatné

⁹ Bratislavský, Trnavský, Trenčianský, Nitranský, Žilinský, Banskobystrický, Košický, Prešovský.

¹⁰ zákon č. 22/2004 Sb., o místním referendu, ve znění pozdějších předpisů

¹¹ Z důvodové zprávy k návrhu zákona o krajském referendu: Navrhovaný zákon je adaptací právní úpravy místního referenda. Vychází z návrhu Zlínského kraje z roku 2005 (sněmovní tisk 1166) a komplexního pozměňovacího návrhu Výboru pro veřejnou správu, regionální rozvoj a životní prostředí Poslanecké sněmovny, snaží se ovšem odstranit některé jejich nedostatky obvykle cestou důslednějšího sledování vzorového zákona o místním referendu.

¹² § 16 slovenského zákona o krajích

¹³ Z důvodové zprávy k návrhu slovenského zákona o krajích: Jedním z významných prvků přímé demokracie je institut referenda. Zákon ustanovuje podmínky platnosti tohoto typu referenda obdobně jako při úpravě místního referenda v obcích. Pozn. v obou případech je upraveno v jediném paragrafu.

působnosti kraje. Podle ustanovení § 14 odst. 1 zákona o krajích¹⁴ náleží do samostatné působnosti kraje záležitosti, které jsou v zájmu kraje a občanů kraje, pokud nejde o přenesenou působnost kraje. Následující odstavce citovaného ustanovení pak demonstrativně vypočítává okruh záležitostí, které do samostatné působnosti náleží.¹⁵ Realizace výkonu samostatné působnosti je svěřena zastupitelstvu kraje, které je voleným orgánem na čtyřleté období a jeho počet je odvislý od velikosti kraje a krajské referendum tak doplňuje zastupitelský prvek. Negativní vymezení předmětu referenda přináší ustanovení § 7 českého zákona o krajském referendu, které taxativně stanoví okruh záležitostí, o nichž nelze konat krajské referendum:

- a) o ukládání pokut a rozpočtu kraje
- b) zřízení nebo zrušení orgánů kraje a jejich vnitřním uspořádání
- c) o volbě a odvolání hejtmána, jeho náměstků a členů rady kraje, jakož i volených nebo jmenovaných členů dalších orgánů kraje
- d) jestliže by otázka položená v referendu mohla být v rozporu s právními předpisy nebo jestliže by rozhodnutí v krajském referendu mohlo být v rozporu s právními předpisy
- e) v případech, kdy se o položené otázce rozhoduje ve vlastním řízení
- f) o schválení, změně, nebo zrušení obecně závazné vyhlášky kraje
- g) referendum by se konalo v téže věci ve lhůtě kratší než 24 měsíců od platného rozhodnutí v krajském referendu

Zákon o krajském referendu, jak vyplývá z důvodové zprávy, vychází z negativního vymezení předmětu referenda, tak, jak jej pojímá zákon o místním referendu.¹⁶

¹⁴ Zákon č. 129/2000 Sb., o krajích, v platném znění

¹⁵ ukládání pokut, pravomoci rady a zastupitelstva, další náležitosti, které svěřuje zákon, např. zřizování základních a středních škol, pozemní komunikace atp.

¹⁶ prakticky doslovně je přejato ustanovení § 7 zákona o místním referendu, vyjma písm. f) – uzavření veřejnoprávních smluv k výkonu přenesené působnosti. Tyto nejsou součástí zákona o krajích, tedy neplatí, že by jeden kraj vykonával přenesenou působnost pro druhý. Navíc, výkon přenesené působnosti znamená výkon státní správy, která je delegována na

Je otazné, zda takto precizní negativní vymezení předmětu referenda je nezbytné, či zda dostačuje pouhá interpretace existujících norem. Předmětem krajského referenda, jak bylo výše uvedeno, jsou věci, které náleží do samostatné působnosti kraje, a o těchto by rozhodoval zastupitelský orgán svým usnesením, případně vydáním podzákonného předpisu – obecně závazné vyhlášky. Podle ustanovení článku 39 Listiny základních práv a svobod platí, že jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchání uložit. Analogicky toto platí o sankcích ve správním řízení, proto zákon stanoví jak sankci, kterou lze uložit, tak i orgány příslušné k jejímu uložení včetně procesních předpisů. Z logiky věci by „ukládání pokut“ cestou referenda, které je svou povahou činnosti normotvorné, bylo zásahem do moci výkonné, jíž náleží správní řízení v otázce ukládání pokut a nepochybně i do práva na spravedlivý proces.

S tímto principem souvisí i bod „b“ i „c“ negativního vymezení, neboť orgány kraje jsou stanoveny zákonem, čímž by došlo k inherenci „podzákonného rozhodování“ lidu do předpisu vyšší právní síly – zákona. Zákon o krajích nereflektuje přímou volbu osob do orgánů kraje. Odvolání zástupců pak není referendem, ale jinou formou přímé demokracie – tzv. recall¹⁷. Písm. d) se pak jeví jako nadbytečné s ohledem na následné zakotvení procedury vyhlášení referenda, jakož i jeho předběžný i následný soudní přezkum¹⁸.

nižší úroveň, proto je zcela logické, že místní referendum, jehož předmětem je rozhodování o věcech samostatné působnosti, by de facto znamenalo (byť o uzavření veřejnoprávní smlouvy rozhoduje obec samostatně s inherencí státní správy – souhlas ministerstva) zásah do působnosti přenesené.

¹⁷ odvolání volených zástupců občanů

¹⁸ § 56 zákona o krajském referendu – na návrh přípravného výboru (předběžná kontrola), § 57 citovaného zákona následná kontrola na návrh osoby oprávněné hlasovat nebo přípravného výboru (určení neplatnosti hlasování nebo neplatnosti rozhodnutí v referendu), vše v návaznosti na ustanovení § 91b zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, v platném znění

Důvodová zpráva má pod bodem „e“ na mysli situace, kdy se o rozhodované otázce rozhoduje ve správním řízení např. podle správního řádu, přestupkového zákona či zákona o ochraně osobních údajů. Stávající právní úprava je i v tomto případě dostačující, kdy výsledkem správního řízení je vydání individuálního správního aktu¹⁹, zatímco výsledek referenda směřuje k vydání obecně závazného právního předpisu na území kraje, případně k vydání rozhodnutí dotýkajícího se neurčitého okruhu subjektů.

Vyloučení schválení, změny nebo zrušení obecně závazné vyhlášky je opět vyjádřením preference zastupitelské demokracie na úkor principu přímé demokracie, nicméně citované ustanovení považuji za užitečné vzhledem k tomu, že zde zákonodárce nepřipustil sporný výklad týkající se předmětu referenda, který by v konečném důsledku musely rozhodnout soudy. Obecně závazná vyhláška, jakožto právní předpis vydaný v samostatné působnosti kraje, je důsledkem realizace samostatné působnosti a lze predikovat, že v případě vstupu krajského referenda v praktický život, by otázka zásahu přímé moci lidu do tvorby předpisů orgánem zastupitelským byla v soudní praxi řešena.

Referendum nelze konat, jestliže od platného rozhodnutí v referendu v téže věci neuplynula doba menší než 24 měsíců. V této souvislosti je nutné připomenout podmínky, za kterých je referendum platné. Podle ustanovení § 48 odst. 1 zákona o krajském referendu je potřeba k platnosti referenda účast alespoň 35% oprávněných osob zapsaných v seznamech oprávněných osob. Pokud nedosáhne účast osob hlasujících v krajském referendu této hranice, není referendum platné, a může se tedy konat opětovně. Je-li referendum platné bez ohledu na jeho závaznost²⁰, pak jej nelze konat v téže otázce po dobu dvou let. Předmětné ustanovení je přínosné, především

¹⁹ Dle ustanovení § 9 správního řádu je správní řízení postup správního orgánu, jehož účelem je vydání rozhodnutí, jímž se v určité věci zakládají, mění nebo ruší práva anebo povinnosti jmenovitě určené osoby nebo jímž se v určité věci prohlašuje, že taková osoba práva nebo povinnosti nemá.

²⁰ Ustanovení § 48 odst. 2 zákona o krajském referendu a viz níže

s ohledem na ekonomické aspekty v podobě nákladů referenda a de lege ferenda se jeví jako vhodná extenzivnější platnost ustanovení, protože i neplatné referendum s sebou přináší náklady spojené s jeho realizací. Nevyužití práva hlasovat v referendu je rovněž projev vůle hlasujícího a v kontextu této skutečnosti ustanovení § 7 písm. f) zákona o krajském referendu nechrání před případy „opakovaného vyhlašování“ referenda, o jehož předmět není mezi hlasujícími zájem. Vhodnější se tak do budoucna jeví změna dikce citovaného ustanovení, tak, že se referendum o téže otázce nesmí konat dříve než 24 měsíců od vykonání referenda, resp. vyhlášení jeho výsledků. Na druhou stranu ani ustanovení o zákazu opakování referenda není s to zabránit životním situacím, kdy je důsledek předchozího referenda stěží reversibilní. De iure lze opakovat referendum v téže otázce po dvou letech, ale de facto závazný výsledek opakovaného referenda bude obtížné realizovat vzhledem k povaze předchozího rozhodnutí (např. výstavba knihovny).

Na Slovensku může být krajské referendum vyhlášeno o důležitých otázkách týkajících se samosprávy samosprávného kraje. Uvedená formulace se nejvíce jeví jako nejšťastnější, a to s ohledem na nutnost posoudit „důležitost“ otázky v referendu kladené, která je ostatně předmětem sporů i v případě celostátního referenda, které se může konat o důležitých otázkách veřejného zájmu²¹.

²¹ Čl. 93 odst. 3 slovenské ústavy, podle něhož se referendum může konat i o jiných otázkách důležitého veřejného zájmu. „Veřejný zájem“ je myšlenkově, formulačně i obsahově velmi rozsáhlý. I když neexistuje definice tohoto pojmu, pak lze konstatovat, že zájmy územních anebo územně samosprávných celků jsou vyšší než zájmy jednotlivce nebo menší skupiny osob. Za veřejný zájem by se mohla považovat otázka, v rámci které by se rozhodovalo o důležitých zájmech nebo potřebách širšího celku, zejména státu, anebo potřebám nějaké početnější sociální skupiny (např. studující mládež, rodiny s dětmi, důchodci). Veřejný zájem nemusí být prokázán absolutně (bezvýhradně), protože v tomto případě by byl institut fakultativního referenda prakticky znemožněn. (Čič, M. Komentár k Ústave Slovenskej republiky. Martin, 1997, s. 349)

Ustanovení § 15 odst. 6 slovenského zákona o krajích vylučuje konání opakovaného referenda v téže otázce dříve než 24 měsíců od vykonání referenda, což, jak je uvedeno výše, by mohlo být inspirující pro českého zákonodárce proto, aby nedocházelo k opakování referenda o otázce, která není veřejnosti vnímána jako důležitá. V tomto směru shora citované ustanovení o předmětu referenda (důležitý veřejný zájem) spolu s ustanovením § 15 odst. 5 citovaného zákona o platnosti výsledků referenda, které je platné za předpokladu, že se jej zúčastní alespoň 50% oprávněných voličů a současně bylo přijaté nadpoloviční většinou platných hlasů, naráží na potencionální stav, který představuje chování hlasujících v referendu, kteří se na něm nezúčastní, čímž dávají najevo, že kladené otázky nepřikládají takovou důležitost, aby využili zákonem garantovaného práva rozhodnout.²² Slovenský zákon o krajích vyjma ustanovení § 15 odst. 6 nezná negativní vymezení předmětu referenda, avšak prakticky je možné výkladem zákona tato dovodit v obdobných intencích jako v negativním vymezení ustanovení § 7 českého zákona o krajském referendu, což bylo rozebráno výše.

Vedle otázek samosprávy však slovenský zákon o krajích aprobuje vyhlášení referenda o odvolání předsedy²³. Referendum vyhlásí zastupitelstvo za předpokladu, že předseda nevykonává funkci nebo je zdravotně nezpůsobilý pro její výkon po dobu delší než 6 měsíců nebo hrubě zanedbává své povinnosti čímž vznikají hrubé nedostatky ve správě kraje. Může tak učinit též na základě petice 30% oprávněných voličů – v tomto případě bez uvedení důvodu, resp. zákonným důvodem je právě petice. Slovenský zákon o krajích tak aprobuje institut tzv. „recall“, což

²² Vyhlášení důležité otázky týkající se samosprávy, o které občané následně odmítnout účast v referendu. Obdobná praxe je na Slovensku s celostátním referendem, kdy 6 referend nebylo platných pro nízkou účast, 1 zmařené a jedno – o vstupu státu do Evropské unie, platné. Blíže viz. stránky Slovenského statistického úradu <www.portal.statistics.sk, zobrazeno dne 20. 04. 2011>

²³ § 16-18 slovenského zákona o krajích, v České republice hejtman § 61 – 64c zákona krajích

však lze předpokládat s ohledem na skutečnost, že předseda kraje je volen přímo²⁴.

V České republice náleží iniciativní pravomoc k vyhlášení referenda zastupitelstvu a přípravnému výboru (při podpisu 6% oprávněných osob s trvalým pobytem v kraji), referendum následně vyhlašuje zastupitelstvo. Obdobná úprava platí ve Slovenské republice, avšak na základě iniciativy voličů se toto může konat za podmínek předložení petice podepsanou 30% oprávněných voličů²⁵.

Odvlišnost kvór pro vyhlášení referenda na základě iniciativy občanů je logicky zdůvodnitelná odlišností podmínek pro platnost referenda a jeho závaznost. Jak bylo uvedeno výše, je výsledek krajského referenda v České republice platný za předpokladu, že se jej zúčastní alespoň 35% oprávněných osob. Aby bylo referendum současně závazné, je nutné, aby rozhodnutí v něm vyslovilo nadpoloviční většina oprávněných osob, které se jej zúčastnily, a současně musí jít o 25% oprávněných osob zapsaných v seznamu. Příkladmo: *Kraj má v seznamu zapsáno 1.000 000 oprávněných voličů – tzn. osoby, které splňují zákonné podmínky pro hlasování v krajském referendu. Referenda se zúčastní 360.000 hlasujících, a jedná se o referendum platné. Výsledek referenda je takový, že 200.000 hlasujících odpovědělo na položenou otázku ANO, 160 000 NE. Je splněna podmínka, že návrh podpořilo nadpoloviční většina hlasujících, ale není splněna podmínka 25% osob zapsaných v seznamu – pouze 25% a referendum proto není pro zastupitelstvo a orgány kraje závazné.*

Obdobný příklad aplikujeme na zákonnou úpravu ve Slovenské republice. *Kraj má v seznamu voličů zapsáno 1.000 000 osob. Referenda se zúčastní*

²⁴ Tento institut se na Slovensku uplatňuje na všech úrovních: odvolání prezidenta čl. 106 slovenské ústavy, odvolání starosty dle § 11a odst. 1 písm. b) slovenského zákona o obcích. Všichni tito činitelé jsou voleni přímou volbou.

²⁵ V obou případech je rozdíl mezi počtem osob, které referendum iniciují a počtem zúčastněných nutných pro platnost referenda prakticky 20% - v ČR 6% pro iniciaci a 25% pro platnost, v SR 30% iniciace, 50% platnost

600.000 hlasujících, kteří hlasují následovně: neplatných hlasů je 100.000, z 500.000 platných hlasů se vysloví ANO 220.000 hlasujících a NE 280.000 hlasujících. Referendum je platné, protože nadpoloviční většina platných hlasů se vyslovila záporně.

Cílem příkladů bylo poukázat na skutečnost, že slovenská úprava oproti české počítá explicitně s platnými hlasy odevzdanými v referendu, zatímco česká se všemi hlasujícími. Pokud by slovenský zákon neukotvil ustanovení o počtu platných hlasů, v kontextu české právní úpravy by nebyla splněna podmínka platnosti referenda, neboť návrh byl v referendu zamítnut pouze 280.000 hlasujících, což však není nadpoloviční většina z 600.000 hlasujících.

Co ještě právní úpravy obou zemí odlišuje je jejich samotná podoba. Zatímco v České republice je referendum jak na krajské, tak místní úrovni komplexně upraveno zákonem, na Slovensku zákon o obcích a o krajích stanoví pouze elementární rámec právní úpravy – aprobaci referenda, jeho vyhlášení, předmět a podmínku platnosti v jednom ustanovení zákona a procedurální rámec referenda je ponechán na kraji, případně obci cestou podzákoného předpisu – nařízení. Na jednu stranu je možné takovýto přístup zákonodárce ocenit s odkazem na rostoucí hypertrofii právních předpisů v obou zemích, avšak tento způsob skýtá spíše nevýhody, které představují neexistenci jednotného právního předpisu o organizaci referenda na místní, resp. krajské úrovni. Stanoví jej podzákonný předpis, který však musí být v souladu s platnou legislativou, což však klade především na malé obce vysoké nároky – např. absence zaměstnanců s právním vzděláním a sjednocovací praxi musí nutně přinést kontrolní činnost nadřízených orgánů, resp. soudní judikatura.

III. Závěr

Zásadní otázky srovnávané problematiky – ústavní vymezení krajského referenda, předpoklady jeho vyhlášení, jakož jeho předmět, již byly řešeny výše, proto závěr bude reflektovat spíše praktickou otázku, a to spojenou se vstupem krajského referenda do praktického života.

Zákonodárce v důvodové zprávě uvádí, že institut přímé demokracie může výrazně posilovat participaci občanů na věcech veřejných, pocíťování problémů své obce a kraje jako svých vlastních a konečně i osobní identifikaci občana s obcí a krajem, což zvláště u krajů, jež byly uvedeny v život teprve v roce 2000 a jímž leckdy chybí dlouholetá tradice, mohou referenda působit jako vítaný zdroj legitimacy krajské moci a aby se staly skutečně oněmi společenstvími občanů, o nichž hovoří čl. 100 odst. 1 Ústavy. Právě na tento úmysl zákonodárce lze pohlížet s despektem, již s ohledem na samotný vznik krajů, které skutečně nemají tradici, a to včetně územního vymezení.²⁶ Skutečnost, že tyto kraje nevystoupily do hlubšího povědomí občanstva svědčí výsledky voleb do zastupitelstev krajů, kde na volebních výsledcích profitují výhradně strany zastoupené v poslanecké sněmovně (odlišná je situace v obcích, a to i včetně větších měst).²⁷ Má-li být tato úvaha podpořena empiricky, pak obdobně „na zelené louce“ jsou koncipovány kraje ve Slovenské republice, a 10 let od účinnosti slovenského zákona o krajích se na Slovensku nekonalo jediné krajské referendum, což lze podle mého názoru očekávat i v České republice.

Absence tradice pak úzce souvisí s další otázkou, která se váže k územnímu vymezení referenda – území kraje, které je přechodem od úrovně místní, která je tradiční (obec má historii svého vzniku, vyvíjí se a

²⁶ Zcela ignorují původní zemské zřízení (v 90. letech minulého století s ohledem na rozdělení tehdejšího Československa to byla pro zákonodárce nepřijatelná alternativa), z ideologických důvodů nebylo možné využít stávající správní kraje z roku 1960 tím, že by se transformovaly na samosprávné jednotky, takže vznikl současný model. Kraj Vysočina a Pardubický zasahují do původních zemí jak Čech, tak Moravy.

²⁷ Volby do krajských zastupitelstev v roce 2000, 2004, 2008 <www.volby.cz, zobrazeno dne 10. 04. 2011>, srov. volby do obecních zastupitelstev tamtéž

příslušnost k obci cítí občan nejvíce, proto místní referendum má obecně vyšší předpoklady pro praktické fungování), k úrovni centrální – stát jako celek, zde však občan rozhoduje o otázkách majících celospolečenský dopad, a tím roste jeho interest. Kraj, který byl v podstatě „oktrojován“ zákonodárcem a je vymezen územím obcí jej tvořících bude těžko nalézat otázky, které by byly vnímány jako problém „celokrajský“.²⁸

Nabízí se tak vlastně otázka, zda zákon o krajském referendu není „mrtvě narozeným dítětem“.

²⁸ V poslední době medializovaná smogová situace na Ostravsku není problémem Moravskoslezského kraje, ale obyvatel konglomerátu průmyslových obcí Ostrava, Orlová, Karviná, Třinec, Bohumín.

Literature

- Čič, M. a kol. : Komentár k Ústave Slovenskej republiky, 1. vyd. Martin: Vydavateľstvo Matice slovenskej, 1997. ISBN 80-7090-444-5
- Pavlíček, V., Hřebejk, J.: Ústava a ústavní řád České republiky. Praha, 1998. ISBN 8072011103
- Průcha, P.: Správní právo, obecná část. 5. vydání. Brno: PF MUNI, 2003. ISBN 8021027630
- Suchánek, R.: Obecné celostátní referendum v České republice – soumrak parlamentarismu. In Interpretace Ústavy České republiky a Ústavy Slovenské republiky. Praha, Univerzita Karlova, 2007. ISBN 9788087146002

Contact e- mail

mimarton@centrum.cz

POVINNÉ ZVEREJŇOVANIE ZMLÚV, OBJEDNÁVOK A FAKTÚR PODĽA NOVELY ZÁKONA Č. 211/2000 Z.z. O SLOBODNOM PRÍSTUPE K INFORMÁCIÁM

RASTISLAV MUNK

KATEDRA SPRÁVNEHO A ENVIRONMENTÁLNEHO PRÁVA,
PRÁVNICKÁ FAKULTA UNIVERZITY KOMENSKÉHO
V BRATISLAVE

Abstrakt

Autor sa v článku venuje problematike povinného zverejňovania zmlúv, povinného zverejňovania objednávok za tovary a služby a povinného zverejňovania faktúr za tovary a služby.

Kľúčové slová

povinné zverejňovanie zmlúv, povinné zverejňovania objednávok za tovary a služby, povinné zverejňovania faktúr za tovary a služby

Abstract

Author is concerned with the issue of mandatory disclosure agreements, mandatory disclosure orders for goods and services and mandatory disclosure of invoices for goods and services.

Key words

mandatory disclosure of agreements, mandatory disclosure of orders for goods and services, mandatory disclosure of invoices for goods and services

Dňa 1. januára 2011 nadobudol účinnosť zákon č. 546/2010 Z.z. ktorým sa dopĺňa zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov, a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony (ďalej

len „novela zákona“). Predmetnou novelou zákona bol novelizovaný jednak zákon č. 211/2000 Z.z. o slobodnom prístupe k informáciám (ďalej len „zákon o slobodnom prístupe k informáciám“) a jednak zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (ďalej len „občiansky zákonník“).

Novela zákona zaviedla jednak povinné zverejňovanie zmlúv, jednak povinné zverejňovanie objednávok za tovary a služby a jednak povinné zverejňovanie faktúr za tovary a služby. Účelom príspevku je poukázať na tieto novovytvorené právne inštitúty v rámci slobodného prístupu k informáciám, a tiež poukázať na možné aplikačné problémy týchto novovytvorených právnych inštitútov v nadväznosti na ich vynútiteľnosť a vymožitelnosť vo verejnej správe.

Povinné zverejňovanie zmlúv

Novelou zákona bolo do zákona o slobodnom prístupe k informáciám vložené nové ustanovenie § 5a, v rámci ktorého novela zákona upravila povinné zverejňovanie zmlúv. Podľa § 5a ods. 1 zákona o slobodnom prístupe k informáciám, *„Povinne zverejňovaná zmluva je písomná zmluva, ktorú uzaviera povinná osoba a ktorá obsahuje informáciu, ktorá sa získala za verejné prostriedky, alebo sa týka používania verejných prostriedkov, nakladania s majetkom štátu, majetkom obce, majetkom vyššieho územného celku alebo majetkom právnických osôb zriadených zákonom, na základe zákona alebo nakladania s finančnými prostriedkami Európskej únie.“*¹ Podľa citovaného ustanovenia povinne zverejňovanou zmluvou je zmluva, ktorá spĺňa tri nasledovné podmienky

1. ide o zmluvu, ktorá je uzatvorená v písomnej forme,

¹ § 5a ods. 1 zákona č. 211/2000 Z.z. o slobodnom prístupe k informáciám

2. ide o zmluvu, ktorú uzavrela povinná osoba²,
3. ide o zmluvu, ktorá sa dotýka používania verejných financií, prípadne sa dotýka nakladania s majetkom štátu, obce, vyššieho územného celku, prípadne finančných prostriedkov Európskej únie.

Vzhľadom na skutočnosť, že jednou z hlavných podmienok povinného zverejňovania zmlúv, je podmienka, že predmetná zmluva sa musí dotýkať používania verejných financií, prípadne nakladania s majetkom štátu, obce, vyššieho územného celku, prípadne finančných prostriedkov Európskej únie, možno jednoznačne vyvodiť záver, že účelom novely zákona bola snaha zaviesť pravidlá, ktoré zabezpečia transparentné a hospodárne nakladanie s verejným majetkom a s verejnými prostriedkami.

Zákon o slobodnom prístupe k informáciám po novelizácii rozoznáva dva druhy povinného zverejňovania zmlúv, a to povinné zverejňovanie zmlúv v **Centrálnom registri zmlúv** (ďalej len „register“) a povinné zverejňovanie zmlúv na **webovom sídle povinnej osoby**³, prípadne v **Obchodnom vestníku**. Register je verejný zoznam povinne

² podľa § 2 zákona č. 211/2000 Z.z. o slobodnom prístupe k informáciám, (1) Osobami povinnými podľa tohto zákona sprístupňovať informácie (ďalej len "povinné osoby") sú štátne orgány, obce, vyššie územné celky ako aj tie právnické osoby a fyzické osoby, ktorým zákon zveruje právomoc rozhodovať o právach a povinnostiach fyzických osôb alebo právnických osôb v oblasti verejnej správy, a to iba v rozsahu tejto ich rozhodovacej činnosti. (2) Povinnými osobami sú ďalej právnické osoby zriadené zákonom a právnické osoby zriadené štátnym orgánom, vyšším územným celkom alebo obcou podľa osobitného zákona. (3) Povinnými osobami sú ďalej aj právnické osoby založené povinnými osobami podľa odseku 1 a 2. (4) Osobitný zákon môže ustanoviť povinnosť sprístupňovať informácie aj inej právnickej osobe alebo fyzickej osobe.

³ Webové sídlo je bližšie vymedzené v ustanovení § 2 zákona č. 275/2006 Z. z. o informačných systémoch verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 570/2009 Z. z. a vo výnose MF SR č. 312/2010 Z. z. o štandardoch pre informačné systémy verejnej správy

zverejňovaných zmlúv, ktorý vedie Úrad vlády Slovenskej republiky v elektronickej podobe; register je informačný systém verejnej správy. V registri sa povinne zverejňujú zmluvy, o ktorých to taxatívne vymedzuje zákon o slobodnom prístupe k informáciám, a to zmluvy, ktorej účastníkom je ministerstvo, ostatný ústredný orgán štátnej správy, verejnoprávna inštitúcia alebo nimi založená právnická osoba, v ktorej vlastní väčšinu akcií alebo väčšinový obchodný podiel alebo ktorú ovládajú väčšinovým podielom na hlasovacích právach alebo vymenúvajú viac ako polovicu členov správneho orgánu alebo iného výkonného orgánu, alebo kontrolného orgánu. Povinné osoby sú povinné bezodkladne po uzatvorení zmluvy, túto zaslať Úradu vlády Slovenskej republiky na zverejnenie. Povinne zverejňovaná zmluva, ktorej účastníkom je iná povinná osoba, ako bolo uvedené vyššie, sa zverejňuje na webovom sídle povinnej osoby, ktorá zmluvu uzaviera, prípadne, ak táto osoba nemá webové sídlo, zmluva sa zverejňuje bezodplatne v Obchodnom vestníku.

V praxi môže nastať situácia, že povinná osoba si svoju povinnosť nesplní a nezverejní povinne zverejňovanú zmluvu na webovom sídle, prípadne v Obchodnom vestníku. Zákon o slobodnom prístupe k informáciám s touto možnosťou počíta a pre tento prípad dáva možnosť druhému účastníkovi zmluvného vzťahu, aby tak urobil. Podľa § 5a ods. 6 zákona o slobodnom prístupe k informáciám, *„Ak zmluva nie je zverejnená do siedmich dní odo dňa uzavretia alebo odo dňa doručenia súhlasu, ak sa na jej platnosť vyžaduje súhlas príslušného orgánu, môže účastník podať návrh na zverejnenie v Obchodnom vestníku.“* Ide však len o možnosť druhého účastníka predmetného zmluvného vzťahu a nie o povinnosť. Zákon o slobodnom prístupe k informáciám však nepočíta s možnosťou, ak povinná osoba nezašle povinne zverejňovanú zmluvu Úradu vlády Slovenskej republiky na zverejnenie.

V nadväznosti na novelizáciu zákona o slobodnom prístupe k informáciám a povinné zverejňovanie zmlúv, bol novelizovaný tiež Občiansky zákonník, do ktorého bolo vložené nové ustanovenie § 47a Účinnosť povinne zverejňovaných zmlúv. Podľa tohto ustanovenia, konkrétne podľa ods. 1, cit *„Ak zákon ustanovuje povinné zverejnenie zmluvy, zmluva je účinná dňom nasledujúcim po dni jej zverejnenia.“* Podľa ods. 2, cit *„Účastníci si môžu dohodnúť, že zmluva nadobúda účinnosť neskôr po jej zverejnení.“* Vzhľadom na citované ustanovenia povinne zverejňované zmluvy podľa zákona o slobodnom prístupe k informáciám nadobúdajú účinnosť až dňom nasledujúcim po dni jej zverejnenia či už v Centrálnom registri zmlúv, na webovom sídle povinnej osoby alebo v Obchodnom vestníku. Účastníci zmluvného vzťahu si môžu dohodnúť nadobudnutie účinnosti zmluvy aj s neskorším dátumom, ale najskôr nasledujúci deň pod dni zverejnenia. Občiansky zákonník s nesplnením tejto povinnosti spája neplatnosť uzatvorenia takejto zmluvy. Podľa § 47a ods. 3 Občianskeho zákonníka, cit *„Ak sa do troch mesiacov od uzavretia zmluvy alebo od udelenia súhlasu, ak sa na jej platnosť vyžaduje súhlas príslušného orgánu, zmluva nezverejnila, platí, že k uzavretiu zmluvy nedošlo.“* S citovaného ustanovenia je zrejmé, že pokiaľ nebola predmetná povinne zverejňovaná zmluva zverejnená v súlade s ustanoveniami zákona o slobodnom prístupe k informáciám platí, akoby k jej uzatvoreniu neprišlo, a tým táto predmetná zmluva nenadobudne ani platnosť ani účinnosť. Je potrebné uznať snahu zákonodarcu, ktorý sa takto snažil vytvoriť systém účinnej samokontroly povinného zverejňovania zmlúv tým, že pokiaľ zmluva nebude zverejnená, tak nebude ani platná a účinná.

Zákonodarca však nepočítal s jednou možnosťou, a to s možnosťou, že na nezverejnení inak povinne zverejňovanej zmluvy bude mať záujem jednak povinná osoba a jednak aj druhý účastník zmluvného vzťahu. V praxi tak môže nastať situácia, že povinná osoba uzatvorí (hoci aj v písomnej podobe) zmluvu s treťou osobou, avšak vzhľadom na obsah

zmluvy túto nebude chcieť zverejniť ani povinná osoba, ani tretia osoba ako druhý účastník zmluvného vzťahu, avšak obe tieto zmluvné strany budú mať záujem na reálnom plnení ustanovení tejto zmluvy. Dostaneme sa tak do situácie, že v zmysle novely zákona a v zmysle vyššie citovaných ustanovení zákona o slobodnom prístupe k informáciám v spojení s Občianskym zákonníkom zmluva síce nebude zverejnená a tým nebude ani platná a účinná, ale k reálnemu plneniu zo strany oboch účastníkov zmluvného vzťahu (na jednej strane povinnou osobou a z verejných financií) bezpochyby dôjde. A tu sa dostávame do veľkého problému kontroly plnenia povinností vyplývajúcich z § 5a a §5b zákona o slobodnom prístupe k informáciám a v prípade neplnenia týchto povinností k možnosti vynútitel'nosti ich plnenia a prípadnej sankcionovateľnosti za ich neplnenie, k čomu sa venujem v poslednej časti tohto príspevku.

Povinné zverejňovanie objednávok a faktúr za tovary a služby

Novelou zákona bolo do zákona o slobodnom prístupe k informáciám doplnené nové ustanovenie § 5b, ktoré zaviedlo povinnosť povinným osobám zverejňovať objednávky na tovary a služby a faktúry za tovary a služby. Povinná osoba je v zmysle ustanovenia § 5b zákona o slobodnom prístupe k informáciám povinná zverejniť na svojom webovom sídle objednávky tovarov a služieb do desiatich pracovných dní odo dňa ich vyhotovenia. Túto povinnosť nemajú povinné osoby, ak objednávky súvisia s povinne zverejňovanou zmluvou, ktorá nadobudla účinnosť podľa ustanovení Občianskeho zákonníka o účinnosti povinne zverejňovaných zmlúv. Možno konštatovať, že takáto právna úprava je žiaduca, keďže nie je potrebné, aby povinné osoby zverejňovali objednávky na tovary a služby, na základe ktorých bola uzatvorená povinne zverejňovaná zmluva. Povinné zverejňovanie objednávok na tovary a služby a následne tiež povinné zverejňovanie zmlúv, ktoré boli uzatvorené na základe tejto povinne zverejňovanej objednávky by zbytočne zaťažovalo

zamestnancov povinných osôb a tiež webové sídla povinných osôb. Mám však za to, že právna úprava tak, ako bola prijatá nie je dôslednou. V bežnej obchodnej praxi sa stáva, že pre zmluvné strany je dôležitá objednávka jednej zo zmluvných strán a potom sa začnú dlhé rokovania o konkrétnej podobe zmluvy, ktorá bude v budúcnosti uzatvorená. Mám za to, že v bežnej obchodnej praxi sa zmluvy uzatvárajú aj tri mesiace potom, ako bola odoslaná prvotná objednávka na tovary a služby, a keďže podľa platnej právnej úpravy povinná osoba je povinná zverejniť objednávku do desiatich dní odo dňa jej vyhotovenia, je povinná tak urobiť aj v prípade, keď plánuje v budúcnosti uzatvoriť povinne zverejňovanú zmluvu? Prípadne, čo ak povinná osoba nezverejní objednávku na tovary a služby s vedomím, že v budúcnosti bude uzatvorená zmluva na tento konkrétny tovar alebo službu, avšak v budúcnosti k uzatvoreniu povinne zverejňovanej zmluvy týkajúcu sa predmetnej objednávky na tovar alebo službu nedôjde?

Podľa platnej právnej úpravy povinná osoba je povinná zverejniť tiež na svojom webovom sídle faktúry na tovary a služby do desiatich pracovných dní odo dňa ich doručenia povinnej osobe, najneskôr však do 30 dní odo dňa ich zaplatenia. Vláda Slovenskej republiky môže nariadením ustanoviť objednávky tovarov a služieb a faktúry za tovary a služby, ktoré sa nezverejňujú, a to podľa ich hodnoty. V tejto súvislosti len poukazujem na skutočnosť, že vláda Slovenskej republiky vydala nariadenie vlády Slovenskej republiky č. 118/2011 Z.z. ktorým sa ustanovuje hodnota objednávok tovarov a služieb a faktúr za tovary a služby, ktoré sa nezverejňujú, a to v prípade povinných osôb, ktorými sú obec, mesto, vyšší územný celok a nimi zriadená rozpočtová organizácia a príspevková organizácia sa nezverejňujú objednávky tovarov a služieb a faktúry za tovary a služby, ktorých súhrnná hodnota na jednej objednávke alebo na jednej faktúre nepresahuje sumu 1.000,- eur bez dane z pridanej hodnoty a v prípade ostatných povinných osôb sumu 3.000,- eur bez dane z pridanej hodnoty.

Platná právna úprava povinného zverejňovania objednávok na tovary a služby a povinného zverejňovania faktúr za tovary a služby stanovuje povinnosť povinným osobám zverejniť objednávky na tovary a služby a faktúry za tovary a služby na webovom sídle povinnej osoby. Tu však nastáva otázka, čo v prípade, ak povinná osoba nemá zriadené webové sídlo. Zákon o slobodnom prístupe k informáciám v platnom znení s takouto možnosťou nepočíta. Ďalej sa tomuto problému venujem v ďalšej časti príspevku.

Kontrola a sankcionovateľnosť povinného zverejňovania zmlúv, objednávok a faktúr

Podľa môjho názoru najväčším nedostatkom novely zákona o slobodnom prístupe k informáciám je možnosť kontroly neplnenia povinností zverejňovať povinne zverejňované zmluvy, objednávky na tovary a služby a faktúry za tovary a služby a v prípade porušovania povinností vyplývajúcich z ustanovení § 5a a § 5b zákona o slobodnom prístupe k informáciám možnosť sankcionovateľnosti porušovania týchto povinností.

Už z vyššie uvedených skutočností je zrejmé, že povinné osoby môžu porušovať povinnosti vyplývajúce im z ustanovenia § 5a a § 5b zákona o slobodnom prístupe k informáciám, a to buď tým, že povinná osoba nezverejní objednávku na tovar alebo službu, alebo nezverejní faktúru za tovar alebo službu, alebo ako bolo už spomenuté vyššie v príspevku, nezverejní ani povinne zverejňovanú zmluvu, pretože bude v záujme oboch zmluvných strán túto zmluvu nezverejniť, ale obe zmluvné strany budú mať záujem na reálnom plnení tejto zmluvy.

Novela zákona o slobodnom prístupe k informáciám okrem ustanovenia § 47a Občianskeho zákonníka o účinnosti povinne zverejňovaných zmlúv, ktoré možno považovať za inštitút samokontroly povinného zverejňovania zmlúv, pretože podľa tohto ustanovenia povinne zverejňovaná zmluva, ak nebola zverejnená nie je ani platná ani účinná, neustanovila žiadny kontrolný orgán ani kontrolné mechanizmy na kontrolu povinností vyplývajúcich z ustanovenia § 5a a § 5b zákona o slobodnom prístupe k informáciám. Navyše ani samokontrola podľa ustanovenia § 47a Občianskeho zákonníka nie je účinná v prípade, ak obe zmluvné strany nemajú záujem na zverejnení uzatvorenej povinne zverejňovanej zmluvy, pričom však majú záujem na jej reálnom plnení.

Čo sa týka možnej kontroly povinností vyplývajúcich z ustanovenia § 5a a § 5b zákona o slobodnom prístupe k informáciám a ukladania sankcií, tak napriek tomu, že zákon o slobodnom prístupe k informáciám neustanovuje žiadnu konkrétnu sankciu za porušenie povinnosti zverejniť zmluvu, mám za to, že podľa ustanovenia § 21a ods. 1 písm. c) zákona o slobodnom prístupe k informáciám, cit. *„Priestupku sa dopustí ten, kto poruší inú povinnosť ustanovenú týmto zákonom.“* možno podľa tohto ustanovenia sankcionovať porušenie týchto povinností. Sankciu, ktorú možno uložiť je pokuta do 1.650,- eur a zákaz činnosti až na dva roky. Ide o návrhový priestupok a na konanie o tomto priestupku sa subsidiárne vzťahuje zákon o priestupkoch. Tiež zákon o priestupkoch ustanovuje v § 42a priestupky na úseku k informáciám, cit. *„(1) Priestupku sa dopustí aj ten, kto vedome vydá a zverejní nepravdivé, neúplné informácie, kto poruší povinnosť určenú osobitným predpisom, alebo ten, kto vydaním rozhodnutia alebo vydaním príkazu, alebo iným opatrením zapríčiní porušenie práva na sprístupnenie informácií. (2) Za priestupok podľa odseku 1 možno uložiť pokutu do 1.659,- eur a zákaz činnosti až na dva roky.“* V podstate však ide o duplicitnú úpravu v časti, priestupku sa dopustí aj ten kto poruší

povinnosť ustanovenú osobitným predpisom. Tiež ide o návrhový priestupok a prejednáva sa podľa ustanovení zákona o priestupkoch.

Čo sa týka kontroly plnenia povinností vyplývajúcich z § 5a a §5b a prípadného sankcionovania neplnenia týchto povinností, tak vzhľadom na všetky uvedené skutočnosti a na skutočnosť, že neexistuje žiadny orgán, v ktorého pôsobnosti by bola kontrola plnenia týchto povinností, jediná možnosť kontrolovania plnenia týchto povinností a ukladania sankcií za neplnenie týchto povinností ako za priestupok podľa zákona o slobodnom prístupe k informáciám, prípadne podľa priestupkového zákona, aj napriek tomu, že vo väčšine prípadov ide o právnické osoby. V prípade, ak ide o porušenie právnickej osoby, navrhol by som použitie ustanovenia § 6 priestupkového zákona, ktorý upravuje zodpovednosť za porušenie povinnosti uloženej právnickej osobe. Podľa § 6 priestupkového zákona, cit *„Za porušenie povinnosti uloženej právnickej osobe zodpovedá podľa tohto zákona ten, kto za právnickú osobu konal alebo mal konať, a ak ide o konanie na príkaz, ten, kto dal na konanie príkaz.“*

V oboch uvedených prípadoch sankcionovania neplnenia povinností vyplývajúcich z ustanovenia § 5a a § 5b zákona o slobodnom prístupe k informáciám podľa zákona o slobodnom prístupe k informáciám alebo podľa priestupkového zákona, ide o priestupky, ktoré možno prejednať len na návrh tretej osoby. Tu sa však dostávame opäť do problému, že tretia osoba sa o neplnení povinností vyplývajúcich z § 5a a § 5b zákona o slobodnom prístupe k informáciám nemá ako dozvedieť. Podľa môjho názoru je potrebné, aby bol vybudovaný kontrolný systém, v ktorého pôsobnosti by bola kontrola plnenia povinností vyplývajúcich z § 5a a § 5b zákona o slobodnom prístupe k informáciám, ďalej aby bola daná právomoc niektorému orgánu štátnej správy na kontrolu týchto povinností, prípadne, aby bol kreovaný nový orgán štátnej správy, v ktorého pôsobnosti by bola kontrola povinností vyplývajúcich z § 5a a § 5b zákona o slobodnom

prístupe k informáciám, a tiež aby bol vybudovaný účinný systém sankcionovateľnosti v prípade neplnenia povinností vyplývajúcich z § 5a a § 5b zákona o slobodnom prístupe k informáciám.

Vzhľadom na skutočnosť, že povinné osoby sú povinné zverejňovať na svojom webovom sídle povinne zverejňované zmluvy, povinne zverejňované objednávky na tovary a služby, a tiež povinne zverejňované faktúry za tovary a služby, v praxi sa môžu stávať a podľa mojich informácií od povinných osôb sa aj stávajú situácie, že povinné osoby nemajú vybudované webové sídla, ktoré by boli schopné po technologickej stránke uniesť taký veľký nápor zverejňovania dokumentov a tieto ich webové sídla sa stávajú po zverejnení veľkého množstva dokumentov nefunkčné. Zákon o slobodnom prístupe k informáciám v platnom znení upravuje možnosť zverejňovať povinné informácie aj v Obchodnom vestníku. Túto možnosť však zákon o slobodnom prístupe k informáciám upravuje iba pri povinne zverejňovaných zmluvách a iba v prípade, ak povinná osoba nemá zriadené svoje webové sídlo.

Vzhľadom na uvedené skutočnosti, že povinné osoby z objektívnych príčin nie sú schopné plniť povinnosti stanovené zákonom o slobodnom prístupe k informáciám, prípadne vzhľadom na skutočnosť, že na to, aby povinné osoby mohli plniť zákonom o slobodnom prístupe k informáciám stanovené povinnosti, by museli vynaložiť veľké množstvo finančných prostriedkov na zriadenie nových webových sídiel, ktoré by boli schopné uniesť nápor zverejňovaných dokumentov v súvislosti s povinným zverejňovaním zmlúv, objednávok a faktúr, bolo by vhodné uvažovať nad efektívnejšou právnou úpravou povinného zverejňovania zmlúv, objednávok a faktúr. Možnosti, ako to uskutočniť je viacero, preto si dovoľím dať do pozornosti niektoré z nich.

Jednou z možností, ako by sa dalo predísť načrtnutému problému je upraviť právnu úpravu tak, aby povinné osoby mali možnosť bezplatne zverejňovať povinne zverejňované zmluvy v Obchodnom vestníku nielen v prípade, ak nemajú zriadené webové sídlo, ale aj v prípade, ak ich webové sídlo kapacitne nestačí na zverejňovanie povinne zverejňovaných zmlúv. Zároveň by som navrhol obdobne upraviť aj právnu úpravu povinného zverejňovania objednávok za tovary a služby a faktúr za tovary a služby. Podľa platnej právnej úpravy zákon o slobodnom prístupe k informáciám stanovuje povinnosť povinným osobám zverejňovať objednávky na tovary a službu a faktúry za tovary a služby na svojom webovom sídle a nepočíta s možnosťou, že povinné osoby webové sídlo nemusia mať zriadené.

Ďalšou možnosťou, ako predísť načrtnutému problému, ku ktorej sa aj autor osobne prikláňa je možnosť, žeby sa z finančných prostriedkov zo štátneho rozpočtu vytvoril informačný internetový portál, obdobný Centrálnemu registru zmlúv, kde by povinné osoby zverejňovali povinne zverejňované zmluvy (okrem povinne zverejňovaných zmlúv v Centrálnom registri zmlúv), tiež objednávky na tovary a služby, a tiež faktúry za tovary a služby, ktorý by bol obdobne ako Centrálny register zmlúv v správe Úradu vlády Slovenskej republiky. Vytvoril by sa tak žiaduci stav, kedy by povinným osobám nevznikali žiadne náklady s povinným zverejňovaním zmlúv, objednávok a faktúr a vytvoril by sa tiež žiaduci stav, kedy všetky informácie by boli prístupné na jednom informačnom portáli a neboli by roztrúsené po jednotlivých webových sídlach povinných osôb, prípadne tiež v Obchodnom vestníku, čo by malo tiež pozitívny dopad na prípadnú kontrolovateľnosť a sankcionovateľnosť neplnenia povinností stanovených zákonom o slobodnom prístupe k informáciám spojených s povinným zverejňovaním zmlúv, objednávok a faktúr.

Zoznam použitej literatúry

1. zákon č. 211/2000 Z.z. o slobodnom prístupe k informáciám (novela 546/2010 Z.z.)
2. zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (novela 546/2010 Z.z.)
3. nariadenie vlády Slovenskej republiky č. 118/2011 Z.z. ktorým sa ustanovuje hodnota objednávok tovarov a služieb a faktúr za tovary a služby, ktoré sa nezverejňujú
4. Metodický pokyn predsedu Žilinského samosprávneho kraja č. 2/2010 k povinnému zverejňovaniu zmlúv, objednávok a faktúr
5. Metodický pokyn k zverejňovaniu zmlúv, objednávok a faktúr Krajského školského úradu v Prešove

Kontakt – email

rastislav_munk@yahoo.com

ZÁVAZNÉ STANOVISKO A ÚČAST VEŘEJNOSTI?

MARIE POLÁČKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek je krátkou úvahou nad povahou závazných stanovisek, resp. reakcí na usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 3. 2010, č. j. 2 As 75/2009-102. Příspěvek se zabývá závaznými stanovisky z pohledu ustanovení § 65 soudního řádu správního. Další část příspěvku se věnuje možnosti účasti veřejnosti na vydávání závazných stanovisek.

Key words in original language

Závazné stanovisko, správní rozhodnutí, samostatný přezkum závazného stanoviska ve správním soudnictví.

Abstract

The contribution is a brief consideration of the nature of binding opinion or a reaction to the decision of the Supreme Administrative Court, dated March 17, 2010 case number 2 As 75/2009. The contribution deals with binding opinions from the perspective of Article 65 of the Administrative Procedure Code. The next part of the contribution deals with possibility of public participation in binding opinions issuing.

Key words

Binding opinion, administrative decision, separate demonstrability of binding opinions in administrative justice.

Stručné uvedení do problematiky

V současné době je diskuze ohledně povahy závazných stanovisek velmi aktuální. V dohledné době by se totiž měl rozšířený senát Nejvyššího správního soudu zabývat otázkami uvedenými v usnesení ze dne 17. 3. 2010, č. j. 2 As 75/2009-101, které se týkají právě povahy institutu závazných stanovisek. Předmětem rozhodování je zejména otázka, zda i nadále bude možné přezkoumávat závazná stanoviska samostatně ve správním soudnictví, protože z materiálního hlediska na ně lze hledět jako na rozhodnutí ve smyslu § 65 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jenom s. ř. s.). Sjednání judikatury ohledně závazných stanovisek je nutné s ohledem na účinnost zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen "stavební zákon") a účinnost k němu prováděcího zákona č. 186/2006 Sb., o změně některých zákonů souvisejících s přijetím stavebního zákona a zákona o vyvlastnění (dále

jenom "prováděcí zákon ke stavebnímu zákonu). Prováděcím zákonem ke stavebnímu zákonu totiž došlo k novelizaci řady složkových právních předpisů v tom smyslu, že v přechodných ustanoveních těchto předpisů bylo stanoveno, že stanoviska, vyjádření, souhlasy apod. vydaná podle těchto složkových právních předpisů, jsou závaznými stanovisky ve smyslu správního řádu^{1,2}. Došlo tak k nesouladu s § 65 s. ř. s., který říká, že *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***. Právě novelizací jednotlivých složkových právních předpisů prováděcím zákonem ke stavebnímu zákonu došlo k tomu, že zvláštní zákon stanovil jinak. Závazná stanoviska podle správního řádu nejsou samostatným rozhodnutím a jako taková by tedy neměla zakládat, měnit ani rušit určitá práva a povinnosti. Předmětem rozhodování rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu tak bude v podstatě otázka, zda si i nadále soudní řád správní udrží autonomii na správním řádu a tudíž bude i nadále možná samostatná přezkoumatelnost závazných stanovisek na základě § 65 s. ř. s., nebo nikoli.³

Tento příspěvek je krátkou úvahou nad povahou závazných stanovisek z oblasti práva životního prostředí, resp. nad tím, zda by i nadále mohla být závazná stanoviska samostatně přezkoumatelná ve správním soudnictví, potažmo rekapitulací názorů, které již Nejvyšší správní soud ohledně tohoto institutu vyslovil. Závěr příspěvku bude věnován úvaze nad otázkou, zda by se veřejnost mohla účastnit procesu vydávání závazných stanovisek.

Příspěvek si neklade za cíl zodpovědět všechny nastíněné otázky ohledně institutu závazných stanovisek, spíše má čtenáře přivést ke krátkému zamyšlení nad touto problematikou.

Již vyslovené názory NSS k institutu závazných stanovisek

Pojďme si přiblížit několik právních názorů, které bude muset rozšířený senát při řešení výše nastíněných otázek pravděpodobně zvažovat.

¹ Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jenom "správní řád")

² Např. § 90 odst. 2 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů: *Souhlasy a závazná stanoviska vydávaná podle tohoto zákona jako podklad pro rozhodnutí podle zvláštního právního předpisu jsou závazným stanoviskem podle správního řádu.*

³ S ohledem na rozsah příspěvku nebylo možné zabývat se celým judikatorním vývojem ohledně institutu závazných stanovisek. Příspěvek také ve větší míře odhlíží od § 70 a § 75 s. ř. s., které na samostatnou přezkoumatelnost závazných stanovisek mají také vliv, nejsou však primárním předmětem tohoto příspěvku.

Řada právních argumentů souvisejících se samostatnou přezkoumatelností závazných stanovisek, potažmo podkladových správních aktů obecně, se objevila už v předcházející judikatuře. Zejména v usnesení ze dne 21. 10. 2008, č. j. 8 As 47/2005-86, které se týkalo závazných stanovisek z oblasti ochrany přírody a krajiny.

Ze správního přezkumu jsou podle § 70 písm. b) s. ř. s. vyloučeny úkony správního orgánu, které jsou předběžné povahy. Všechny výluky ze soudního přezkumu by však měly být posuzovány restriktivním způsobem. V rozsudku ze dne 24. 10. 2006, č. j. 2 As 51/2005 – 34 Nejvyšší správní soud uvedl znaky, které by měl akt předběžné povahy naplňovat:

1) musí jít o rozhodnutí správních orgánů ve věcech veřejnoprávních, upravující předběžně či dočasně poměry osob, zajišťující určité věci nebo osoby či zatímně fixující určitý stav (materiální znak);

2) proti tomuto rozhodnutí nebo proti jeho důsledkům musí mít každá osoba, jejíž subjektivní práva jím byla dotčena, možnost bránit se v řízení před správním orgánem, jež musí nutně proběhnout (tj. musí být následně po vydání rozhodnutí zahájeno anebo v něm musí být pokračováno, došlo-li k jeho zahájení před vydáním rozhodnutí nebo současně s ním) a jež v dané věci rozhodne s konečnou platností (procesní znak).

Jestliže akt správního orgánu naplňuje tyto dva znaky, je aktem předběžné povahy a jako takový je vyloučen ze samostatného přezkumu ve správním soudnictví.

Podle usnesení 8 As 47/2005-86 musí dále závazné stanovisko po materiální stránce naplňovat znaky rozhodnutí ve smyslu § 65 s. ř. s., jestliže má být samostatně přezkoumatelné ve správním soudnictví. Těmito znaky jsou předmět řízení, a v rámci takto vymezeného předmětu, vymezení subjektivních práv, která jsou rozhodnutím dotčena.

Předmět řízení

Vymezení předmětu správního řízení se tradičně děje objektivním přístupem, tedy skrze okruh chráněných zájmů, jejichž respektování má být v rámci daného řízení zajištěno. Záleží tedy na tom, zda zájem na konkrétní složce životního prostředí bude natolik silný, aby mohl být samostatným předmětem řízení. Navíc závazná stanoviska jsou zpravidla vydávána na žádost, o níž se vede řízení. Navazující rozhodnutí (typicky rozhodnutí o umístění stavby či stavební povolení) musí předmětné rozhodnutí respektovat; buď jeho závěry převezme a včlení do svého textu, či na text předchozího rozhodnutí přímo odkáže. V každém případě je však obsahem rozhodnutí vázáno. Potenciálnímu stavebníku brání či naopak umožňuje realizaci určitého záměru; rozhodující správní orgán následně váže co do výroku jeho konečného rozhodnutí.

Zásah do právní sféry

Soudní řád správní by měl osobám, kterým veřejná správa zasahuje či zasáhla do právní sféry, poskytovat právní ochranu. Jde tedy v podstatě o to, zda závazné stanovisko může zasáhnout samo o sobě do právní sféry osoby. Přičemž pro účely žalobní legitimace postačí *tvrzené porušení, na jehož základě není možné zjevně a jednoznačně vyloučit, že by k zásahu do subjektivních práv žalobce dojít nemohlo* [tzv. „Möglichkeitstheorie“]. *Posouzení samotné důvodnosti žaloby, stejně jako přesné vymezení porušeného subjektivního práva, je záležitostí meritorního posouzení.*

Obdobně se Nejvyšší správní soud vyjádřil ve svém rozhodnutí ze dne 13. 8. 2009, č. j. 7 As 43/2009-52, které se zabývalo závazným stanoviskem orgánu státní památkové péče.

Je otázkou zda lze výše uvedené názory bezezbytku vztáhnout na všechny druhy závazných stanovisek ze všech oblastí ochrany životního prostředí. Podle některých autorů, lze závěr ohledně závazného stanoviska orgánu státní památkové péče pravděpodobně vztáhnout na všechna další závazná stanoviska jiných dotčených orgánů.⁴ Podle mého soudu bude ale vždy nutné posuzovat, zda dané závazné stanovisko naplňuje takové znaky, které byly zmíněny ve výše uvedených rozhodnutích. V judikatuře Nejvyššího správního soudu je možné určité otázky ohledně samostatné přezkoumatelnosti závazných stanovisek sledovat i v jiných oblastech než je ochrana přírody a krajiny či památková péče, např. v oblasti ochrany veřejného zdraví, kdy v rozsudku ze dne 23. září 2010, č. j. 5 As 56/2009 - 64 Nejvyšší správní soud nejprve zkoumal podmínky řízení a rozhodl v řízení pokračovat a nepřerušovat jej podle § 48 odst. 2 písm. f) s. ř. s. s ohledem na to, že *konfliktní judikatura týkající se přezkoumání závazných stanovisek správními soudy nebyla dosud rozšířeným senátem sjednocena a stěžovatel by se již nemohl domáhat samostatného přezkoumání závazných stanovisek, bylo by stěžovateli upřeno právo domáhat se soudní ochrany v otázkách, jež jsou závaznými stanovisky dotčených orgánů řešeny. Budoucí rozhodnutí rozšířeného senátu, ať již bude jakékoli, tedy nemůže nic změnit na tom, že je třeba se zabývat uplatněnými námitkami stěžovatele směřujícími proti závazným stanoviskům dotčených orgánů v dané věci.*

Odborná literatura

I v odborné literatuře lze nalézt argumenty týkající se samostatné přezkoumatelnosti závazných stanovisek.

Závazná stanoviska by se svým obsahem měla blížit rozhodnutím, tzn. měla by mít výrok, aby bylo nepochybné, kdo, na základě jakého ustanovení,

⁴ Slováček, D. Závazná stanoviska (nejen) památkářů. In: *Moderní obec*, 2010, č. 2, s. 43.

o čem a jak konkrétně rozhodl.⁵ Závazná stanoviska by měla být také dostatečně odůvodněna; a to tak, aby bylo zřejmé, jak dotčený orgán k závaznému stanovisku dospěl. Samozřejmě se v praxi, zejména v období těsně po účinnosti správního řádu, objevovala závazná stanoviska typu, že dotčený orgán nemá k předmětné věci námitek. Tak by tomu ale být nemělo. Takové závazné stanovisko je nepřezkoumatelné, což odporuje principům dobré správy.

V literatuře se objevují také názory z opačného tábora, tedy svědčící spíše proti samostatné přezkoumatelnosti závazného stanoviska. Příznivci samostatného přezkumu závazných stanovisek argumentovali v minulosti tím, že je zbytečné vyvolávat řízení o vydání rozhodnutí, jehož má být závazné stanovisko podkladem, jestliže toto závazné stanovisko je negativní; s ohledem na to, že podle správního řádu musí správní orgán rozhodnout tak, že žádost zamítne. Tento názor však byl postupem doby překonán, protože v rámci odvolacího řízení proti rozhodnutí, jehož je toto negativní stanovisko podkladem, je možná změna nebo zrušení tohoto závazného stanoviska.⁶

Pokud by navíc mělo být přezkoumáváno každé závazné stanovisko zvlášť, vznikla by nepřehledná situace. Správní orgán by vydal konečné rozhodnutí, jemuž by jako podklad sloužilo mimo jiné i několik závazných stanovisek. Proti těmto závazným stanoviskům by se účastníci bránili u správního soudu, proti správnímu rozhodnutí by podali odvolání podle správního řádu, posléze možná i žalobu proti rozhodnutí odvolacího orgánu. Tato situace by jistě nepřispěla ke zdárnému vyřízení věci. Navíc by došlo k zatížení správních soudů. Správní soudy by navíc mohly zrušit vždy jen napadené závazné stanovisko, nikoli už správní rozhodnutí, jehož bylo toto závazné stanovisko podkladem. Z tohoto pohledu se zdá samostatná přezkoumatelnost závazného stanoviska neefektivní. Zrušení závazného stanoviska by bylo jenom důvodem pro obnovu řízení s podmínkou, že neuplynuly lhůty pro využití tohoto mimořádného opravného prostředku.⁷ Pokud se soud zabývá přezkumem konečného rozhodnutí, přezkoumává i závazné stanovisko z hlediska jeho zákonnosti, přičemž ve svém rozhodnutí o zrušení správního rozhodnutí vyjádří i svůj názor na nezákonnost ohledně vydání závazného stanoviska.

⁵ Tošner, O. Charakter podkladových stanovisek - meze soudního přezkumu. In: *Ochrana životního prostředí ve správním soudnictví (sborník příspěvků ze semináře)*. Praha : LexisNexis CZ s. r. o. ve spolupráci s Justiční akademií v Kroměříži, 2008, s. 64.

⁶ Kocourek, T., Poláčková, M.: Závazná stanoviska a jiné úkony dle části čtvrté správního řádu. In: *Správní procesy v právu životního prostředí*. Brno : Masarykova univerzita, 2010, str. 93.

⁷ Tamtéž, str. 93.

Podobná je situace i s přiznáním odkladného účinku závaznému stanovisku, jestliže by bylo samostatně napadeno u správního soudu. Odkladný účinek by se neprojevil u pravomocného a vykonatelného správního rozhodnutí, jehož bylo závazné stanovisko podkladem. Jestliže však soud přizná odkladný účinek žalobě proti správnímu rozhodnutí, je poskytnuta ochrana také veřejným zájmům chráněným závazným stanoviskem.⁸

Troufám si tvrdit, že všechny výše nastíněné argumenty, svědčící buď pro, nebo proti samostatné přezkoumatelnosti závazných stanovisek ve správním soudnictví, bude rozšířený senát Nejvyššího správního soudu zvažovat.

Účast na procesu vydávání závazných stanovisek?

Správní řád neupravuje speciálně postup vydávání závazných stanovisek. Dotčené orgány tak postupují podle obecného pravidla stanoveného v § 3 správního řádu, které říká, že nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2, tzn. správní orgán postupuje v souladu se zákony a ostatními právními předpisy, správní orgán uplatňuje svou pravomoc pouze k těm účelům, k nimž mu byla zákonem nebo na základě zákona svěřena, a v rozsahu, v jakém mu byla svěřena, správní orgán šetří práva nabytá v dobré víře, jakož i oprávněné zájmy osob, jichž se činnost správního orgánu v jednotlivém případě dotýká a může zasahovat do těchto práv jen za podmínek stanovených zákonem a v nezbytném rozsahu, 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.

Dotčené orgány se musely nějakým způsobem s nově vzniklou situací po účinnosti správního řádu vypořádat. Při vydávání závazného stanoviska nelze využít postupu, který správní řád stanoví pro vydávání správních rozhodnutí, protože § 149 odst. 1 správního řádu říká, že závazné stanovisko je úkon správního orgánu učiněný na základě zákona, který není samostatným rozhodnutím ve správním řízení. Praxe dotčených orgánů je tak dnes zpravidla taková, že vydávají závazná stanoviska bez účasti jakýchkoli osob na tomto procesu. Podle mého názoru by ale nebylo nic proti ničemu, kdyby se alespoň žadatel o vydání závazného stanoviska mohl v průběhu procesu vydávání k tomuto vyjadřovat. Dotčené orgány mají stanoveny, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Žadatel by tak do řízení mohl přinést další informace. Rovněž i další osoby, které by mohly disponovat informacemi nutnými pro řízení, by měly být

⁸ Kocourek, T., Poláčková, M.: Závazná stanoviska a jiné úkony dle části čtvrté správního řádu. In: *Správní procesy v právu životního prostředí*. Brno : Masarykova univerzita, 2010, s. 94.

dotčeným orgánem oslovovány k vyjádření.⁹ Domnívám se, že tímto postupem by se nikterak nenarušila ekonomie řízení. A naopak by mnohdy mohly odpadnout ty námitky osob, které se objevují v navazujících řízeních. Co se týče účasti občanských sdružení na procesu vydávání závazných stanovisek, je jejich účast pravděpodobně bezúčelná. V řadě procesů přinášejí občanská sdružení do řízení odbornost. Dotčený orgán by však sám měl být odborníkem v dané oblasti a chránit veřejné zájmy, které mu byly svěřeny.

V období těsně po účinnosti správního řádu docházelo k tomu, že správní orgán, který řízení vedl, zamítl námitku účastníka řízení s tím, že se k této otázce již vyjádřil dotčený orgán ve svém závazném stanovisku. Tento účastník však neměl možnost účastnit se vydávání závazného stanoviska. Osoby, které se domáhaly účasti na procesu vydávání závazného stanoviska, bývaly dotčenými orgány odmítány s tím, že mohou svá práva hájit v navazujícím řízení.¹⁰ Jak už bylo uvedeno výše, správním řádem není proces vydávání závazných stanovisek konkrétněji upraven a praxe ohledně vydávání závazných stanovisek se tak ustálila na tom, že dotčené orgány vydávají závazná stanoviska bez účasti dalších osob na těchto procesech. Na problém ohledně posouzení námitek účastníka řízení však již Nejvyšší správní soud reagoval - např. v rozsudku ze dne 17. 12. 2008, č. j. 1 As 68/2008 – 126, kdy konstatoval, že *může dojít k narušení zákonnosti územního rozhodnutí, jestliže stavební úřad rozhodl o námitce účastníka územního řízení týkající se překročení hygienických limitů hluku, aniž si vyžádal odborné vyjádření orgánu ochrany veřejného zdraví ke vznesené námitce, a naopak vycházel výlučně ze souhlasného stanoviska vydaného orgánem ochrany veřejného zdraví k dokumentaci žádosti o územní rozhodnutí, které nikterak na námitky účastníka řízení nereaguje*. Takové stanovisko orgánu ochrany veřejného zdraví nemůže být dostatečným odborným podkladem pro rozhodnutí o námitkách účastníka.

V uvedeném rozsudku se Nejvyšší správní soud zabýval také otázkou, zda je odvolací orgán (krajský úřad) povinen přihlédnout *ke sdělení krajské hygienické stanice, kterým požaduje doplnění projektové dokumentace pro územní řízení o aktuální sčítání dopravy, aktuální měření hluku z dopravy a hlukovou studii*. Podle názoru NSS nelze na dotčené orgány vztáhnout pravidla uplatňující se vůči účastníkům řízení, např. zásadu koncentrace. *Vůči adresátovi směřují subsumované akty teprve prostřednictvím finálního aktu (zde územního rozhodnutí) a také až spolu*

⁹ Srovnej k tomu Dohnal, V. Poznámky k příspěvku o prosazování práva na příznivé životní prostředí ve správních řízeních. In: *Přístup k soudům při ochraně životního prostředí (sborník z 1. dne konference Přístup ke spravedlnosti při ochraně lidských práv a veřejných zájmů)*. Praha : ASPI Publishing, s. r. o. 2004, s. 166

¹⁰ Tošner, O. Charakter podkladových stanovisek - meze soudního přezkumu. In: *Ochrana životního prostředí ve správním soudnictví (sborník příspěvků ze semináře)*. Praha : LexisNexis CZ s. r. o. ve spolupráci s Justiční akademií v Kroměříži, 2008, s. 61, 62.

s tímto finálním aktem nabývají vlastností správního aktu¹¹. Těmito subsumovanými akty nedochází k zásahu do právní sféry jednotlivců, tudíž ani jejich změna nemůže žádný zásah vyvolat, nadto nezakládají překážku *rei administratae*. Dotčený orgán státní správy může kdykoliv během územního řízení přehodnotit své již vydané stanovisko, vyžádat si doplnění podkladů a na jejich základě vydat nové stanovisko¹² (proto se vůbec nejedná o rozhodnutí mající způsobilost zásahu do právní sféry fyzické nebo právnické osoby - srov. k tomu usnesení rozšířeného senátu NSS č. j. 8 As 47/2005 - 86 ze dne 21. 10. 2008). Jestliže odvolací orgán zamítne podané odvolání a potvrdí správnost prvostupňového rozhodnutí, ačkoli si krajská hygienická stanice k záměru vyžádala aktualizaci podkladů k vydání nového stanoviska, dopustí se odvolací orgán nezákonnosti, neboť vydá (resp. aprobuje) územní rozhodnutí za situace, kdy zde nebylo kladné stanovisko dotčeného orgánu státní správy na úseku ochrany veřejného zdraví. Uvedený právní názor tedy vychází z toho, že závazná stanoviska nejsou rozhodnutím ve smyslu § 65 s. ř. s. V rozsudku ale zároveň Nejvyšší správní soud vyzývá k porovnání tohoto názoru s usnesením rozšířeného senátu, které se naopak přiklání k tomu, že i závazné stanovisko může zasáhnout do právní sféry osob a může být za splnění konkrétních podmínek samostatně přezkoumatelné. Právě proto je tak důležité sjednocující usnesení, o kterém bylo hovořeno v úvodu. V návaznosti na očekávané rozhodnutí potom výše uvedený názor zůstane v platnosti nebo nikoliv.

Závěr

Jak je z výše uvedeného patrné, neustále v právní praxi, tedy mezi autory odborné literatury i mezi jednotlivými senáty Nejvyššího správního soudu, dochází ke střetávání názorů ohledně otázky, zda jsou závazná stanoviska samostatně přezkoumatelná ve správním soudnictví či nikoliv. Na tuto problematiku existuje řada úhlů pohledu a řada argumentů. Doufejme, že nadcházející rozhodnutí Nejvyššího správního soudu nám dopomůže k tomu, abychom na otázku ohledně samostatné přezkoumatelnosti závazných stanovisek našli bližší odpověď.

Literature:

- Dohnal, V. Poznámky k příspěvku o prosazování práva na příznivé životní prostředí ve správních řízeních. In: *Přístup k soudům při ochraně životního*

¹¹ Hendrych, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 6. vyd. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 231 - 232.

¹² Vydání nového závazného stanoviska v téže věci je možné jen v případě, že dojde ke změně poměrů.

prostředí (sborník z 1. dne konference Přístup ke spravedlnosti při ochraně lidských práv a veřejných zájmů). Praha : ASPI Publishing, s. r. o. 2004, s. 165 - 166.

- Hendrych, D. a kol. *Správní právo. Obecná část.* 6. Vyd. Praha : C. H. Beck, 2006. s. 822. ISBN 8071794422

- Kolektiv autorů: *Správní procesy v právu životního prostředí.* Brno : Masarykova univerzita, 2010. 412 s. ISBN 978-80-210-5362-5.

- Slováček, D. Závazná stanoviska (nejen) památkářů. In: *Moderní obec*, 2010, č. 2, s. 43.

- Tošner, O. Charakter podkladových stanovisek - meze soudního přezkumu. In: *Ochrana životního prostředí ve správním soudnictví (sborník příspěvků ze semináře).* Praha : LexisNexis CZ s. r. o. ve spolupráci s Justiční akademií v Kroměříži, 2008, s. 58-66. ISBN 987-80-86920-27-6.

Contact – email

Marie.Polackova@seznam.cz

INICIACE OPATŘENÍ PROTI NEČINNOSTI SPRÁVNÍHO ORGÁNU JAKO SPECIFICKÁ FORMA REALIZACE PRÁVA ZAKOTVENÉHO V ČLÁNKU 18 ODST. 1 LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD

SOŇA POSPÍŠILOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Palackého, Česká republika

Abstrakt

Článek pojednává o specifické formě realizace ústavně zakotveného práva obracet se na státní orgány a orgány územní samosprávy s žádostmi, návrhy a stížnostmi. Hlavní pozornost je zaměřena na právní úpravu iniciace opatření proti nečinnosti správního orgánu, zakotvenou ve správním řádu. Dále se věnuje možnostem soudní ochrany před nečinností správních orgánů.

Klíčová slova

Nečinnost správního orgánu, opatření proti nečinnosti, nadřízený správní orgán, soudní ochrana, Nejvyšší správní soud.

Abstract

This article deals with the specific form of realizing the constitutionally embodied right to appeal to public authorities with claims, proposals and complaints. Main attention is paid to legal regulations of initiation of the steps against inactivity of administrative body in Code of Administrative Procedure. It also describes possibilities of judicial protection from inactivity of administrative bodies.

Key words

Inactivity of administrative body, steps against inactivity, governing administrative body, judicial protection, Supreme Administrative Court.

1. ÚSTAVNĚPRÁVNÍ ZÁKLAD

Listina základních práv a svobod¹ (dále jen „Listina“) v článku 18 odst. 1 zaručuje každému *právo obracet se na státní orgány a orgány územní samosprávy s žádostmi, návrhy a stížnostmi*. Individuální podání jsou označovaná právní úpravou různě, kromě žádostí, návrhů a stížností může jít i o podněty nebo různé druhy opravných prostředků. Článek 18 Listiny garantuje také *právo petiční*, které má z povahy věci kolektivní charakter. Při realizaci petičního práva dochází k tvorbě a podání petic, týkajících se

¹ Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky.

věcí veřejného nebo jiného společného zájmu více osob.² Práva garantovaná článkem 18 Listiny řadíme mezi politická práva a svobody, k jejichž realizaci je nutné aktivní jednání jejich nositele (tzv. status activus).

Právo na přiměřenou délku řízení je jedním z atributů práva na spravedlivý proces. Listina ve své hlavě páté garantuje každému právo domáhat se stanoveným postupem svého práva u nezávislého a nestranného soudu a ve stanovených případech u jiného orgánu. Jedná se zejména o správní orgány, které jako "jiné orgány" ve smyslu článku 36 odst. 1 Listiny poskytují ochranu právům osob, a to prostřednictvím různorodých forem činnosti správních orgánů, z nichž nejfrekventovanější je rozhodování ve správním řízení. I pro správní řízení je třeba připomenout právo každého na projednání věci bez zbytečných průtahů³ spolu s právem vyjádřit se ke všem prováděným důkazům, garantované článkem 38 odst. 2 Listiny, jemuž odpovídá povinnost správních orgánů realizaci tohoto práva zajistit.

Právo na projednání věci v přiměřené lhůtě je třeba vnímat také v kontextu článku 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod⁴ a Doporučení Výboru ministrů CM/Rec (2007) 7 o dobré veřejné správě, které orgánům veřejné správy v ustanovení části I., článku 7. ukládá konat a plnit své povinnosti v přiměřené lhůtě.

Tento příspěvek se zaměřuje na právo jednotlivce v pozici účastníka správního řízení domáhat se odstranění nečinnosti správního orgánu. Cílem příspěvku je upozornit na základní prostředky ochrany před nečinností správních orgánů a na možnost event. soudní ochrany.

2. MECHANISMY ZAKOTVENÉ VE SPRÁVNÍM ŘÁDU⁵

Nečinnost správních orgánů je negativním jevem, s nímž se může ve svém životě potkat každý z nás. Každý je totiž ve svém jednání determinován nejen sociálním prostředním a právním řádem, ale i činností orgánů veřejné moci. Správní orgány jsou přitom ty orgány, jimž se nikdo ve svém životě nevyhne a můžeme říci, že se bez nich, na rozdíl třeba od soudů, ani

² Blíže viz zákon č. 85/1990 Sb., o právu petičním.

³ Pojem "zbytečné průtahy" český právní řád výslovně nedefinuje. Pod tímto pojmem je třeba rozumět nečinnost v tom nejširším smyslu, tzn. jakoukoli nečinnost orgánů veřejné moci ve všech případech, kdy jim zákon ukládá povinnost konat. Ústavní soud hodnotí jako protiústavní nečinnost státních orgánů a ve své judikatuře stav nečinnosti označuje jako *denegatio iustitiae*. Ačkoli se jedná především o případy nepřiměřených průtahů v řízení před soudy, způsobené zejména absencí lhůt v procesních předpisech, i nečinnost správních orgánů Ústavní soud posuzuje podle čl. 87 odst. 1 písm. d) Ústavy ČR jako "jiný zásah orgánů veřejné moci do ústavně zaručených základních práv a svobod".

⁴ V České republice publikované pod č. 209/1992 Sb. Také označovaná jako tzv. "Evropská úmluva".

⁵ Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, v platném znění, dále jen "správní řád".

neobejde. Nečinnost ve veřejné správě je někdy horší než samotná činnost, protože mechanismů obrany proti vydaným aktům je celá řada, takže jejich náprava je prakticky možná. U nečinnosti jsou prostředky obrany omezené, neboť neexistuje mocenský akt, který by bylo možné napadnout. Příčiny nečinnosti správních orgánů mohou být různé, vždy však jde o stav nežádoucí, proti kterému je třeba se bránit.

Nečinnost správních orgánů v probíhajícím správní řízení hodnotíme jako **porušení základních zásad činnosti správních orgánů**, zakotvených ve správním řádu.⁶ Především jde o nezákonný stav, porušující zásadu legality coby univerzální zásadu ovlivňující výkon veřejné správy. Z dalších zásad se nečinnost dotýká zásady rychlosti postupů správních orgánů, neboť ta ukládá správním orgánům vyřizovat věci bez zbytečných průtahů a činit úkony ve lhůtách stanovených zákonem, podpůrně ve lhůtách přiměřených.⁷ Dále nečinnost způsobuje rozpor se zásadou veřejné správy jako služby veřejnosti a i když chování úředních osob nemusí být vytýkána zrovna nezdrovňilost, nečinností správní orgán účastníkům jistě nevychází vstříc, jak je mu "podle možností" uloženo.⁸ Nečinnost správního orgánu je také v rozporu se zásadou legitimního očekávání. Zejména je-li úkon správního orgánu nebo vydání rozhodnutí za splnění zákonem stanovených podmínek na straně účastníka formulováno nárokově, je nečinnost účastníkem vnímána nejen jako nezákonnost, ale i jako nepředvídatelnost jednání správního orgánu, který má za povinnost při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů dbát, aby nevznikaly nedůvodné rozdíly.⁹

Zásadní význam pro postup správního orgánu v řízení má zakotvení zákonných **lhůt pro vydání rozhodnutí** v § 71 správního řádu. Toto ustanovení limituje správní orgán z časového hlediska, protože okamžikem zahájení řízení mu počíná běžet lhůta pro vydání rozhodnutí, která je pro něj závazná a v zásadě nepřekročitelná.¹⁰ Je však třeba zdůraznit, že tyto lhůty stanovené správním řádem mají podpůrný charakter, tzn., že se uplatní pouze tam, kde neexistuje zvláštní právní úprava lhůt pro vydání rozhodnutí ve zvláštních zákonech. § 71 odst. 3 správního řádu ukládá správním orgánům povinnost vydávat rozhodnutí bezodkladně a nelze-li rozhodnutí vydat bezodkladně, povinnost vydat ho nejpozději do 30 dnů od zahájení řízení. K této lhůtě se připočítává doba až 30 dnů (je-li třeba nařídit ústní jednání nebo místní šetření, někoho předvolat nebo nechat předvést nebo

⁶ Srov. § 2 - § 8 a § 177 odst. 1 správního řádu.

⁷ § 6 odst. 1 správního řádu.

⁸ Srov. § 4 odst. 1 správního řádu.

⁹ § 2 odst. 4 správního řádu.

¹⁰ Lhůta pro vydání rozhodnutí neběží po dobu nezbytnou k opatření podkladů z úřední evidence dle § 6 odst. 2 správního řádu.

doručovat veřejnou vyhláškou osobám, jimž se prokazatelně nedaří doručovat nebo jde-li o zvláště složitý případ) a doba nutná k dalším úkonům (k provedení dožádání, ke zpracování znaleckého posudku nebo k doručení písemnosti do ciziny).

Pokud správní orgán v průběhu řízení zjistí, že vydat rozhodnutí v zákonem stanovené lhůtě pravděpodobně nestihne, je jeho povinností situaci včas řešit. Především má možnost prověřit, zda by mohl postupovat alespoň nějak, tj. dílčím způsobem a vydat **rozhodnutí mezitímní** nebo **rozhodnutí v části věci**, pokud to povaha věci umožňuje a je-li to v konkrétním případě účelné.¹¹ Mezitímním rozhodnutím může správní orgán zejména ve sporném řízení rozhodnout o základu věci, rozhodnutím v části věci rozhoduje o právních poměrech jen některých účastníků řízení nebo jen o některých právech nebo povinnostech, o kterých se v řízení rozhoduje. Po právní moci obou těchto dílčích rozhodnutí je správní orgán povinen vydat rozhodnutí, kterým rozhodne o zbytku věci.

Další variantou, kterou správní orgán snažící se předejít nedodržení lhůty pro vydání rozhodnutí má, je možnost **obrátit se na nadřízený správní orgán** a požádat ho o přijetí některého z opatření proti nečinnosti podle § 80 správního řádu. Nejčastěji tento postup správní orgán bude volit tehdy, nastane-li v průběhu řízení nějaká překážka, která mu brání v řízení řádně pokračovat. Povaha překážky může být různá a nemusí vždy spočívat ve ztížení či zpomalení dílčích úkonů správního orgánu z důvodů, jež předpokládá § 71 odst. 3 správního řádu. Důvody mohou být také na straně účastníka, který postup v řízení svým chováním může úmyslně ztěžovat, např. při doručování písemností správního orgánu, nerespektováním předběžného opatření, neplněním povinností uložených správním orgánem (např. povinnosti předložit listinu nebo věc k provedení důkazu).¹² Z tohoto hlediska má význam i ustanovení § 71 odst. 5 správního řádu, které neumožňuje účastníkovi řízení dovolávat se nedodržení lhůt, které sám způsobil.

Praktickou možnost jak předejít vlastní nečinnosti lze spatřovat v rozhodnutí správního orgánu **přerušit řízení**, má-li pro to některý ze zákonem stanovených důvodů (srov. § 64 správního řádu). Po dobu přerušení řízení činí správní orgán a účastníci jen úkony potřebné k odstranění důvodů přerušení. Lhůta, na kterou správní orgán řízení usnesením přerušuje, je na jeho uvážení, může tak zohlednit individuální okolnosti posuzované věci, na druhé straně však řízení může přerušit jen na dobu nezbytně nutnou. Po

¹¹ § 148 správního řádu.

¹² Správní orgán má možnost uložit pořádkovou pokutu až do výše 50 000 Kč, pokud chování účastníka řízení nebo osob zúčastněných na řízení naplní skutkovou podstatu pořádkového deliktu dle § 62 odst. 1 a 2 správního řádu.

dobu přerušení řízení neběží lhůta pro vydání rozhodnutí a tato lhůta neskončí dříve než 15 dnů od dne, kdy přerušení řízení skončilo.

Klíčovým ustanovením správního řádu, v němž je položen základ právní úpravy **ochrany před nečinností** správních orgánů ve správní linii, je § 80. V tomto ustanovení je především definována samotná "nečinnost" správního orgánu, jíž je:

- nevydání rozhodnutí ve věci v zákonné lhůtě (§ 80 odst. 1) a není-li stanovena, ve lhůtě přiměřené (§ 6 odst. 2),
- nezahájení řízení z moci úřední do 30 dnů ode dne, kdy se příslušný správní orgán dozvěděl o skutečnostech odůvodňujících zahájení řízení z moci úřední (§ 80 odst. 2).

Opatření proti nečinnosti přijímá správní orgán, který je nadřízený nečinnému správnímu orgánu, a to formou usnesení.¹³ Z hlediska časového je důležité, že je povinen opatření proti nečinnosti učinit, jakmile se o nečinnosti dozví. Již bylo zmíněno, že se o nečinnosti, resp. o předpokládané budoucí nečinnosti může dozvědět od správního orgánu, který řízení vede. Dále může nečinnost odhalit sám nadřízený správní orgán v rámci plnění svých dozorových činností.¹⁴ Zákon mu umožňuje učinit opatření proti nečinnosti i "předem", tzn. v případě, že je z okolností zjevné, že věcně a místně příslušný správní orgán nedodrží lhůtu pro vydání rozhodnutí o žádosti, pro zahájení řízení z moci úřední anebo nemůže-li v řízení řádně pokračovat. Konečně třetí možností je, že na nečinnost upozorní účastník řízení. Ten tak však může učinit až poté, co marně uplynou lhůty pro vydání rozhodnutí. V odborné literatuře neexistuje jednotný názor ohledně povahy podání, s nímž se účastník řízení na nadřízený správní orgán obrací. V. Sládeček např. zastává názor, že toto podání je „kvalifikovaným podnětem k provedení opatření proti nečinnosti, kterým se správní orgán musí zabývat a pokud ho akceptuje (to spadá do rámce jeho správního uvážení), zahájí řízení ex offio; jestliže podnětu nevyhoví, vydá procesní rozhodnutí a usnesením návrh zamítne“.¹⁵ Naproti

¹³ Nadřízeným správním orgánem je ten správní orgán, o kterém to stanoví zvláštní zákon. Neurčuje-li jej zvláštní zákon, je jím správní orgán, který podle zákona rozhoduje o odvolání, popř. vykonává dozor. Blíže viz § 178 správního řádu.

¹⁴ V. Sládeček řadí opatření proti nečinnosti mezi dozorčí prostředky, přičemž jejich zvláštnost spatřuje v tom, že nesměřují proti správnímu aktu, ale proti nečinnosti správního úřadu, tedy neochotě správní akt vůbec (ve stanovené lhůtě) vydat. In SLÁDEČEK, V. Obecné správní právo. 2. vydání, Praha: ASPI - Wolters Kluwer, 2009, s. 139. Dále srov. tamtéž s. 433 - 434.

¹⁵ Sládeček, V. Nečinnost správního orgánu a návaznost soudní ochrany in Správní právo 2007/6, s. 400.

tomu J. Vedral zdůrazňuje, že se jedná o žádost¹⁶, avšak právní úprava nezakládá účastníku řízení nárok na to, aby mu ochrana proti nečinnosti byla poskytnuta tak, jak požaduje. Nadřízený správní orgán se žádostí účastníka vždy musí zabývat a rozhodnout o ní.¹⁷ Přikláním se k názoru J. Vedrala, protože oporu pro uvedený závěr lze najít v samotném ustanovení § 80 odst. 6 správního řádu, podle něhož usnesení nadřízený správní orgán vydá i v případě, že žádosti účastníka nevyhoví. Je tedy nepochybné, že se žádostí zabývat musí, ačkoli jí nemusí vyhovět.

Správní řád umožňuje **nadřízenému správnímu orgánu přijmout čtyři druhy opatření** (§ 80 odst. 4), a to:

- přikázat nečinnému správnímu orgánu, aby ve stanovené lhůtě učinil opatření ke zjednání nápravy nebo vydal rozhodnutí,
- převzít věc a vydat rozhodnutí namísto nečinného správního orgánu (tzv. atrakce),
- pověřit vedením řízení jiný správní orgán ve svém správním obvodu (tzv. delegace), nebo
- přiměřeně prodloužit lhůtu pro vydání rozhodnutí za podmínky, že lze důvodně předpokládat vydání rozhodnutí ve věci v této lhůtě a je-li takový postup pro účastníky výhodnější (tzv. prolongace).

Z důvodu respektování ústavně zaručeného práva na samosprávu zákon vylučuje uplatnění postupu spočívajícího v tzv. atrakci a v tzv. delegaci vůči orgánům územních samosprávních celků při výkonu samostatné působnosti.

Účastník řízení se může v rámci ochrany před nečinností domáhat také vydání mezitímního rozhodnutí nebo rozhodnutí v části věci (viz výše) nebo vydání těchto typů rozhodnutí může přikázat vydat příslušnému správnímu orgánu, resp. sám takto rozhodnout nadřízený správní orgán, a to i současně s opatřením proti nečinnosti.¹⁸

3. SOUDNÍ OCHRANA

Soudní ochrana v případě trvající nečinnosti správního orgánu připadá v úvahu jako podpůrný prostředek, k němuž lze přistoupit až poté, kdy je

¹⁶ Žádost účastníka o uplatnění opatření proti nečinnosti musí mít náležitosti žádosti podle § 45 odst. 1 správního řádu.

¹⁷ Vedral, J. Správní řád. Komentář. Praha: Bova Polygon, 2006, s. 477 - 478.

¹⁸ § 148 odst. 3 správního řádu.

bezvýsledně vyčerpán procesní prostředek podle správního řádu. Právní úprava soudní ochrany proti nečinnosti je obsažena v ustanoveních §§ 79 - 81 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního.

Žalobou proti nečinnosti správního orgánu se lze domáhat, aby soud uložil správnímu orgánu povinnost vydat rozhodnutí ve věci samé nebo osvědčení ve lhůtě, kterou soud v rozhodnutí určí. Žaloba tedy nedopadá na všechny případy nečinnosti správního orgánu, ale pouze tu, která spočívá v nevydání rozhodnutí nebo osvědčení. Žaloba je nepřipustná v případě, že zvláštní zákon s nečinností správního orgánu spojuje fikci, že bylo vydáno rozhodnutí o určitém obsahu nebo jiný právní následek.¹⁹ V tomto případě totiž je možné fiktivní rozhodnutí správního orgánu napadnout za splnění zákonem stanovených podmínek žalobou proti němu.²⁰

Žalovaným je správní orgán, který má podle žalobního tvrzení povinnost vydat rozhodnutí nebo osvědčení. Žaloba může být podána *nejpozději do jednoho roku* ode dne, kdy ve věci, v níž se žalobce domáhá ochrany, marně uplynula lhůta pro vydání předmětného rozhodnutí nebo osvědčení a není-li taková lhůta stanovena, ode dne, kdy byl žalobcem vůči správnímu orgánu nebo správním orgánem vůči žalobci učiněn poslední úkon. Příslušný krajský soud, který ve věci rozhoduje, *vychází ze skutkového stavu zjištěného ke dni svého rozhodnutí*, což znamená, že nečinnost musí v této době stále trvat. Pokud soud shledá žalobu důvodnou, uloží příslušnému správnímu orgánu povinnost ukončit řízení, tj. vydat rozhodnutí nebo osvědčení a stanoví k tomu přiměřenou lhůtu, která nesmí být delší než stanoví zvláštní zákon. Není-li žaloba důvodná, soud ji zamítne.²¹

Soud samozřejmě není oprávněn rozhodovat namísto nečinného správního orgánu ani předjímat obsah rozhodnutí správního orgánu, jehož vydání se žalobou proti nečinnosti žalobce domáhá. V rozhodnutí o žalobě proti nečinnosti správního orgánu *soud nemůže zavázat k vydání rozhodnutí určitého obsahu, tj. určit, jak konkrétně má být správní orgán činný*.²²

¹⁹ Tyto případy dopadají jak na fikci pozitivního rozhodnutí, tak na fikci negativního rozhodnutí, spojených s marným uplynutím lhůty pro vydání rozhodnutí. Zvláštní zákony zakládající fikci vydání rozhodnutí upravují možnost nápravy fiktivního rozhodnutí prostřednictvím řízení o opravném prostředku směřujícím proti němu.

²⁰ V řízení o žalobách proti rozhodnutí správního orgánu dle §§ 65- 78 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního.

²¹ Žaloba je zamítnuta zejména pokud žalobci nesvědčí subjektivní veřejné právo na vydání rozhodnutí nebo osvědčení, dále pokud soud zjistí, že správní orgán nebyl nečinný nebo rozhodnutí či osvědčení bylo správním orgánem po podání žaloby vydáno.

²² Soudy ve správním soudnictví se takovými žalobami zabývaly opakovaně, např. v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 6. 2004, čj. 2 Ans 1/2004-64 a v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2004, čj. 7 Afs 33/2003-80, www.nssoud.cz.

Z pohledu účastníka řízení bojujícího s nečinností správního orgánu je zásadní odpověď na otázku, kdy nejdříve se může na soud s žalobou proti nečinnosti obrátit. Při odpovědi je třeba vycházet z lhůty pro přijetí opatření proti nečinnosti nadřízeným správním orgánem. Právě proto, že se jedná o nečinnost, mělo by být opatření proti nečinnosti přijato co nejdříve. Zákon stanoví, že v případě nečinnosti spočívající v nevydání rozhodnutí v zákonné (podpůrně přiměřené) lhůtě, je nadřízený správní orgán povinen z moci úřední přijmout opatření, jakmile se o nečinnosti dozví. Na druhé straně, pokud přijetí opatření proti nečinnosti iniciuje účastník, nadřízený správní orgán má povinnost o něm rozhodnout ve lhůtách stanovených správním řádem pro vydání rozhodnutí. Soudy ve správním soudnictví se již zabývaly případem žalobkyně, která podala žalobu na ochranu proti nečinnosti pouhý jeden týden poté, co podala žádost o přijetí opatření proti nečinnosti u nadřízeného správního orgánu. Argumentovala přitom tím, že podmínku bezvýsledného vyčerpání prostředku podle správního řádu splnila, neboť žádost o uplatnění opatření proti nečinnosti uplatnila a nadřízený správní orgán o ní bezodkladně, jak měl, nerozhodl. Zároveň však před podáním žaloby neobdržela ze strany nadřízeného správního orgánu žádné jeho rozhodnutí. Krajský soud v prvním stupni její žalobu odmítl pro nesplnění podmínky bezvýsledného vyčerpání prostředku podle správního řádu, kasační stížnost žalobkyně proti tomuto rozhodnutí poté Nejvyšší správní soud zamítl. Jednalo se o **rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 8. 2009, čj. 9 Ans 8/2009-149**. V odůvodnění svého rozsudku mj. uvedl: *"Podmíněnost vyčerpání opravných prostředků ve správním řízení před podáním žaloby k soudu 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 svojí 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 subjektivních veřejných práv, který nemůže nahrazovat prostředky nacházející se uvnitř veřejné správy."*²³ Dále Nejvyšší správní soud uvedl, že účastník řízení může podat žalobu na ochranu proti nečinnosti až teprve poté, kdy byla jeho žádost neúspěšná.²⁴ Vzhledem k tomu, že správní řád lhůtu pro vydání rozhodnutí ve věci žádosti o uplatnění opatření proti nečinnosti nestanoví, je dle soudu třeba

²³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 8. 2009, čj. 9 Ans 8/2009-149, www.nssoud.cz.

²⁴ *"O neúspěšnosti své žádosti se účastník řízení dozví zejména v situaci, kdy vyčká na rozhodnutí nadřízeného správního orgánu a toto rozhodnutí mu bude zákonem předvídaným způsobem oznámeno. Určité pochybnosti však mohou vzniknout v případě, kdy „nedočkavý“ účastník, tak jako v nyní posuzované věci stěžovatelka, na takovéto rozhodnutí nevyčká a žalobu na ochranu proti nečinnosti podá krátce po uplatnění opatření proti nečinnosti, příp. kdy nadřízený správní orgán vůbec o jeho žádosti nerozhodne."* Cit. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 8. 2009, čj. 9 Ans 8/2009-149, www.nssoud.cz.

vycházet z § 71 odst. 3 správního řádu a tam stanovené základní třicetidenní lhůty, nic však nebrání ani tomu, aby věc byla vyřízena v prodloužené lhůtě šedesáti dnů, jsou-li pro to důvody podle správního řádu. Nejvyšší správní soud nevyločil ani možnost dřívějšího podání žaloby (tedy před uplynutím třicetidenní lhůty), a to pokud již nadřízený správní orgán o žádosti rozhodl a předmětné rozhodnutí bylo účastníkovi řádně oznámeno.²⁵

Při studiu judikatury týkající se práva na soudní ochranu proti nečinnosti správního orgánu jsem narazila na některé sporné body. Podle judikatury Nejvyššího správního soudu např. není možné se soudní ochrany prostřednictvím žaloby proti nečinnosti správního orgánu domáhat v případě jakékoli pasivity správního orgánu, ale pouze tehdy, pokud hmotné právo zakládá subjektivní nárok žalobce na vydání rozhodnutí ve věci samé či osvědčení.²⁶ Soud tedy nemůže správnímu orgánu uložit, aby zahájil řízení, pokud je zahájení řízení výlučně v dispozici správního orgánu. Může mu však uložit, aby v řízení již zahájeném vydal rozhodnutí ve věci samé nebo osvědčení. Nejvyšší správní soud opakovaně došel k závěru, že jinak zde není veřejné subjektivní právo, kterému by v řízení o žalobě proti nečinnosti správního orgánu, mohla být poskytnuta soudní ochrana. Tento výklad je dle mého názoru příliš restriktivní, protože ve svém důsledku může znamenat odepření spravedlnosti v případě nečinnosti správních orgánů, kterým právní úprava velmi často umožňuje (tj. neukládá, ale ponechává na jejich úvaze) zahájit správní řízení z moci úřední, a to na základě podnětu dotčené osoby. Tyto typy správních řízení, resp. jejich nezahájení, se bezpochyby dotýkají právního postavení dotčených osob. Nečinnost správního orgánu v případě nezahájení řízení může mít na jejich právní pozici zásadní vliv, umocněný vyloučením soudní ochrany proti nečinnosti správního orgánu. Je proto otázkou, zda tento výklad je do budoucna udržitelný.²⁷

4. ZÁVĚR

Nečinnost správních orgánů má na osoby v pozici účastníků správního řízení negativně dopad. Právní úprava nabízí několik možností, jak se proti nečinnosti bránit. Příspěvkem jsem chtěla upozornit na nejdůležitější právní mechanismy této obrany. Kromě zmiňovaných cest dále připadá v úvahu také obrana prostřednictvím ústavní stížnosti, podnětu k Veřejnému

²⁵ Tamtéž.

²⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 6. 2007, čj. 4 Ans 10/2006-59, www.nssoud.cz.

²⁷ Jistým náznakem možné budoucí změny rozhodovací praxe správních soudů je rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 8. 2008, čj. 5 As 39/2008-46 a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2009, čj. 8 As 19/2008-50, www.nssoud.cz.

ochránci práv či žaloby na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem, jímž nečinnost správního orgánu je.

Literatura:

- Skulová, S. et al: Správní právo procesní, Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, 428 s., ISBN 978-80-7380-110-6
- Sládeček, V. et al: Kontrolní mechanismy fungování veřejné správy, Olomouc: Právnická fakulta UP a Periplum, 2009, 383 s., ISBN 978-80-86624-50-1
- Sládeček, V.: Obecné správní právo. 2. vydání, Praha: ASPI - Wolters Kluwer, 2009, 464 s., ISBN 987-80-7357-382-9
- Vedral, J.: Správní řád. Komentář. Praha: Bova Polygon, 2006, 1048 s., ISBN 80-7273-134-3
- Vopálka, V. et al: Soudní řád správní. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, 338 s., ISBN 80-7179-864-9

Kontakt – email:

sona.pospisilova@upol.cz

**COMPETENCE OF MUNICIPALITY TO DETERMINE
PENALTIES IN CASE OF LOCAL CHARGES
MOŽNOSTI OBCÍ UKLÁDAT SANKCE V PŘÍPADĚ
MÍSTNÍCH POPLATKŮ**

MICHAL RADVAN

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstrakt

Příspěvek analyzuje nálezy pléna Ústavního soudu sp. zn. Pl.ÚS 9/10 ze dne 29. června 2010, kterým došlo ke značnému zásahu do letité praxe obcí a obecních úřadů, když Ústavní soud konstatoval, že agenda ukládání sankcí za porušení povinností týkajících se místních poplatků samozřejmě náleží do přenesené působnosti, ale v obecně závazné vyhlášce přijímané v samostatné působnosti může obec stanovit pravidla a hodnoty pro navýšení poplatku.

Klíčová slova

místní poplatek, daňová sankce, Ústavní soud, přenesená působnost, samostatná působnost

Abstract

Since the beginning of the 90s of the 20th century the penalties for breach of local charges duties (late payment, payment at an incorrect amount) are imposed by a municipal office as a tax administrator under delegated competence. Special legal regulation contained in Local Charges Act is applied in these situations, even there is a general tax code dealing with tax administration (Administration of Taxes and Charges Act till 31.12.2010, respectively Tax Code from 1.1.2011). This special regulation provides that late paid or unpaid charges or their part may be increased up to threefold by municipal office. However, the Decision of Plenum of the Constitutional Court (no. 9/10 dated 29.6.2010) mend significant interference with age-old practice of municipalities and municipal offices. The Constitutional Court stated that the agenda of course falls within the delegated competence, but in a generally binding ordinance adopted in a self-governed competence the municipality may determine rules and values to increase the charge.

The aim of this paper is not only critical analysis of the above mentioned decision of the Constitutional Court, but especially to assess the impact of precedent on the fiscal autonomy of municipalities and to confirm or refute the hypothesis that the practical application of penalty provisions in the generally binding ordinance is appropriate and beneficial for both taxpayers and municipalities as the tax beneficiaries and municipal offices as the tax administrators.

Key words

local charge, tax sanction, the Constitutional court, delegated competence, self-governed competence

1. ÚVOD

Již od počátku 90. let 20. století jsou sankce za porušení povinností týkajících se místních poplatků (pozdní úhrada poplatku, úhrada v nesprávné výši) ukládány obecním úřadem jako správcem daně v přenesené působnosti. Platí zde speciální úprava obsažená v zákoně o místních poplatcích, která má aplikační přednost před normou obecnou upravující správu daní (zákon o správě daní a poplatků¹ do 31. 12. 2010, resp. daňový řád² od 1.1.2011). Ta stanoví, že včas nezaplacené nebo neodvedené poplatky nebo část těchto poplatků může obecní úřad zvýšit až na trojnásobek. Nálezem pléna Ústavního soudu sp. zn. 9/10 ze dne 29. června 2010 však došlo ke značnému zásahu do letité praxe obcí a obecních úřadů, když Ústavní soud konstatoval, že agenda samozřejmě náleží do přenesené působnosti, ale v obecně závazné vyhlášce přijímané v samostatné působnosti může obec stanovit pravidla a hodnoty pro navýšení poplatku.

Cílem tohoto příspěvku je vedle kritické analýzy výše uvedeného nálezu Ústavního soudu především zhodnocení dopadu judikátu na fiskální autonomii obcí a potvrzení či vyvrácení hypotézy, že konkretizace sankčních ustanovení v obecně závazné vyhlášce je vhodná a prospěšná jak pro daňové subjekty, tak pro obce jako beneficiáře daně a obecní úřady jako správce daně. Pro práci bude využita převážně metoda analytická. Problematice sankcí u místních poplatků se žádný z autorů podrobněji dosud nezabýval, proto je dostupné a použité literatury jen velmi málo.

Příspěvek byl zpracován v rámci plnění grantového projektu č. 407/09/P285 „Vlastní daňové příjmy obcí“ poskytnutého Grantovou agenturou České republiky.

2. PRÁVNÍ REGULACE DE LEGE LATA

Obecný procesněprávní předpis upravující oblast ukládání sankcí v daňovém a poplatkovém právu - daňový řád - obsahuje širokou škálu různých sankcí s ohledem na charakter provinění daňového subjektu. Vedle pokut za porušení povinností zachovávat mlčenlivost a pořádkových pokut zde nalezneme pokuty za opožděné tvrzení daně (0,05 % stanovené daně za

¹ Zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů.

² Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "daňový řád").

každý následující den prodlení), penále z částky doměřené daně (ve výši 20 %) a úroky z prodlení za pozdní úhradu daně (repo sazba stanovená Českou národní bankou zvýšená o 14 procentních bodů, platná pro první den příslušného kalendářního pololetí).³ Poslední tři sankce se však neuplatní při správě místních poplatků, neboť zákon o místních poplatcích⁴ v § 11 stanoví, že včas nezaplacené nebo neodvedené poplatky nebo část těchto poplatků může obecní úřad zvýšit až na trojnásobek a penále, úroky a pokuty, upravené daňovým řádem, s výjimkou pořádkových pokut, se neuplatňují.

Samotné stanovení místních poplatků patří do samostatné působnosti obce, která je ve svém území zavedla. Je tedy především na obecním zastupitelstvu, zda bude jednotlivé místní daně vybírat, přičemž si sama ve své obecně závazné vyhlášce stanoví mj. konkrétní sazbu poplatku, vznik a zánik poplatkové povinnosti, lhůty pro plnění ohlašovací povinnosti, podmínky placení a případné osvobození od poplatků. Vyhláška ovšem za žádných okolností nesmí překračovat zákonné zmocnění, například co se týče maximální výše poplatkové povinnosti či druhů poplatků. Není ani možné, aby obec rozšiřovala okruh činností, které lze zatížit místním poplatkem, nad rámec stanovený zákonem. Tomu odpovídají mj. i nálezy Ústavního soudu.⁵ Řízení o poplatcích však vykonává obecní úřad, jedná se tedy o působnost přenesenou.

3. VYHLÁŠKA MĚSTA CHRASTAVY PŘED ÚSTAVNÍM SOUDEM

Dne 29. června 2010 zamítl Ústavní soud v plénu návrh Ministerstva vnitra na zrušení některých ustanovení obecně závazné vyhlášky města Chrástavy č. 1/2009 o místním poplatku za provoz systému shromažďování, sběru, přepravy, třídění, využívání a odstraňování komunálních odpadů.⁶ Ministerstvo vnitra totiž v rámci výkonu dozoru nad zákonností právních předpisů obecních samospráv dospělo k názoru, že čl. 3 odst. 2, 3, 4 a 5 vyhlášky jsou v rozporu se zákony České republiky. Předmětná ustanovení se týkala sankcí, které mají být uloženy v případě pozdní úhrady poplatku za

³ Srov. §§ 246-253 daňového řádu.

⁴ Zákon č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o místních poplatcích").

⁵ Např. sp. zn. Pl. ÚS 39/93, v němž se uvádí, že „pokud jde o stanovení místních poplatků, jejich sazbu, režim jejich vybírání, osvobození od nich apod., je obec povinna respektovat platné znění zákona č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích. Obce jsou tímto zákonem zmocněny k vydávání obecně závazných vyhlášek upravujících místní poplatky, avšak pouze v případech taxativně vypočtených v § 1 tohoto zákona.“ Srov. též sp. zn. Pl. ÚS 28/94 a sp. zn. Pl. ÚS 27/94.

⁶ Nález sp. zn. Pl.ÚS 9/10 ze dne 29.6.2010.

komunální odpad. Pro úplnost a možnost pochopení následujícího textu je třeba tato ustanovení uvést v nepozměněné verzi:

„Článek 3 – Sazba poplatku

2 - Sazba poplatku zaplaceného (odvedeného) do jednoho měsíce po splatnosti se zvyšuje v souladu s § 11 zákona na 1,2 násobek, tj.: 600 Kč/rok

3 - Sazba poplatku zaplaceného (odvedeného) po splatnosti do konce kalendářního roku, za který se poplatek hradí(, - čárka doplněna autorem) se zvyšuje v souladu s § 11 zákona na 1,5 násobek, tj.: 750 Kč/rok

4 - Sazba poplatku nezaplaceného (neodvedeného) do skončení kalendářního roku, za který se poplatek hradí(, - čárka doplněna autorem) se zvyšuje v souladu s § 11 zákona na trojnásobek, tj.: 1 500 Kč/rok

5 - Zvýšení poplatku uvedené v odstavcích 2 až 4 je totožné v souladu s § 11 zákona i pro jeho nezaplacenou (neodvedenou) část“.

Jak je patrné z výše uvedeného textu, přístup města Chrastavy k ukládání sankcí je značně revoluční, neboť až do této doby byla respektována zavedená praxe, že sankce jsou ukládány správcem daně v přenesené působnosti a určení jejich výše spadá do diskreční pravomoci správce poplatku. Ministerstvo vnitra v návrhu na zrušení výše uvedených sankčních ustanovení v obecně závazné vyhlášce argumentovalo rovněž tím, že v předmětných odstavcích již není zakotvena sazba poplatku, byť jsou tak odstavce označeny, ale jeho navýšení pro případ, že poplatková povinnost nebude splněna řádně a včas. Tvrdilo, že navýšení poplatku nelze v obecně závazné vyhlášce upravit,⁷ neboť ani výkladem jej nelze zařadit pod příkladný výčet podrobností svěřených při vybírání místních poplatků samosprávě. Podle Ministerstva vnitra může jen správce poplatku, tj. obecní úřad, včas nezaplacené poplatky či jejich nezaplacenou část zvýšit až na trojnásobek, o čemž rozhoduje s využitím správního uvážení. Obecně závaznou vyhláškou nelze správci poplatku stanovit nad rámec zákonných povinností, které plní v přenesené působnosti, závazná kritéria pro vydání platebního výměru.

Město Chrastava mělo samozřejmě názor zcela opačný, když trvalo na skutečnosti, že zákon o místních poplatcích opravňuje obec určit v samostatné působnosti obecně závaznou vyhláškou i navýšení poplatku. Ostatně tento pokus učinila obec již v roce 2006; tehdy však podlehla tlaku Ministerstva vnitra a sporné ustanovení této obecně závazné vyhlášky zrušila. Svá tvrzení opíralo město rovněž o nález sp. zn. Pl. ÚS 24/06 ze dne

⁷ Stejně uvažuje, avšak bez argumentačního podložení, i Kadečka in Kadečka, S.: Zákon o místních poplatcích a předpisy související. Komentář, Praha: C.H.Beck, 2005, 399 s, ISBN: 80-7179-918-1, s. 110.

10. října 2006, kde je v bodě č. 29 konstatováno, že „stanovením poplatků“ ve smyslu § 14 odst. 1 zákona o místních poplatcích je namístě rozumět úpravu všech náležitostí poplatkového vztahu, mimo jiné i sankce za nesplnění poplatkové povinnosti.

Na stranu obce se přidal jako vedlejší účastník rovněž veřejný ochránce práv, který postup obce označil za rozumný, předvídatelný a přispívající k právní jistotě. Zdůraznil pozitivum rovného přístupu k poplatníkům, vzhledem ke zkušenosti s nerovným zacházením („s preferovanými zaměstnanci obecního úřadu“ a „nepreferovanými majiteli rekreační nemovitosti“) při sankčním zvyšování poplatku a podtrhl informační přínos adresátům právních povinností.

Ústavní soud při posuzování souladu napadených ustanovení vyhlášek či jejich jednotlivých ustanovení s ústavním pořádkem a zákony volí tradičně metodu tzv. testu čtyř kroků:

- měla obec pravomoc vydat napadené ustanovení obecně závazné vyhlášky?
- nepohybovala se obec při vydávání napadeného ustanovení obecně závazné vyhlášky mimo zákonem vymezenou věcnou působnost, tj. nejednala ultra vires?
- nezneužila obec při vydání obecně závazné vyhlášky zákonem svěřenou pravomoc a působnost?
- nejednala obec přijetím napadeného ustanovení zjevně nerozumně?

Ústavní soud samozřejmě zkoumal i fakt, zda napadená obecně závazná vyhláška splňuje obecná kritéria kladená na právní předpisy, tj. zda jsou její ustanovení s využitím obvyklých interpretačních postupů určitá a vzájemně nerozporná.

V další části textu si budeme všimát především věcného zdůvodnění, proč Ústavní soud návrh Ministerstva vnitra na zrušení předmětných ustanovení zamítl. Předně soud konstatoval skutečnost všeobecně známou, tj. že nezaplacený navyšovaný poplatek či jeho část je vyměřována platebním výměrem a obecní úřad jako správce poplatku postupuje subsidiárně podle obecného procesněprávního předpisu upravujícího správu daní a poplatků, tedy od 1. ledna 2011 podle daňového řádu. Tato agenda samozřejmě náleží do přenesené působnosti. To platí i v případě, kdy vyhláška stanoví pravidla a hodnoty pro navýšení poplatku a dochází pouze k usměrnění úvahy v tom, o kolik to bude. Správci poplatku - obecnímu úřadu je i nadále zachována diskreční pravomoc, zda řízení zahájí a provede. Pokud se rozhodne pro zahájení řízení, správní uvážení je omezeno co se týče částky, o niž může neuhrazený poplatek navýšit. Právě s touto jedinou argumentací Ústavního

soudu se nedokázu ztotožnit. Správní uvážení o výši sankce je vhodným instrumentem na straně správce daně, kterým trestá za pozdní uhrazení či neuhrazení místního poplatku. Důvody neuhrazení poplatku jsou ovšem různé: někteří obyvatelé jsou chroničtí neplatiči, jiní pouze zapomenou. Lidé, kteří se přistěhují do obce v průběhu zdaňovacího období, často nemají nastudovány obecně závazné vyhlášky a povinnost uhrazení poplatku za komunální odpad si uvědomí až v následujícím roce pod vlivem "kampaně" obecního úřadu vyzývajícího k úhradě poplatku. Například statutární město Brno podle konzultací s úředními osobami postupuje tak, že nevyměřuje žádnou sankci osobě, která se do města přistěhovala v předchozím zdaňovacím období nebo se v předchozím zdaňovacím období narodila, a pouze zasílá výzvu k úhradě nedoplatku s tím, že nedoplatek bude zaplacen současně s úhradou splatného poplatku za stávající zdaňovací období. Pokud by tedy v Brně platila obecně závazná vyhláška obdobná té, která byla projednávána Ústavním soudem, a bylo by zahájeno daňové řízení, vždy by musela být uložena sankce.

4. ZÁVĚR

Nad tímto pravděpodobně jediným negativem rozhodnutí Ústavního soudu však jednoznačně převažují pozitiva. Obecně je třeba konstatovat vhodnost toho, že zákon o místních poplatcích obecně zakotvil možnost sankčního navýšení poplatku v případě jeho řádného nezaplacení a stanovil základní pravidla, především pak horní hranici tohoto navýšení. Ne každá obec je totiž schopna přijmout obdobně propracovanou vyhlášku jako město Chrastava. Musíme si uvědomit, že v České republice je cca 6300 obcí, z nichž mnohé nejsou schopny samy zkonstruovat obecně závaznou vyhlášku a řádně ji aplikovat. A pokud samospráva nepřipraví do příslušné vyhlášky hodnoty navýšení, jde při navyšování o otázku volného uvážení správce poplatku, limitovaného pouze zákonem stanoveným trojnásobkem základní stanovené hodnoty poplatku. Více než dvacetiletá praxe prokázala, že tato obecná právní úprava je dostačující.

Na druhé straně obecnímu zastupitelstvu nic nebrání v tom, aby konkretizovalo v obecně závazné vyhlášce zákonný text, jak to předpokládá § 14 odst. 2 zákona o místních poplatcích. Toto ustanovení obsahuje pouze demonstrativní výčet podrobností vybírání místních poplatků. I Ústavní soud uvádí, že "Byť stanovení hodnoty navýšení poplatku zde výslovně uvedeno není, představit si to jistě lze, neboť výčet je jednak demonstrativní a jednak kvantifikace navýšení poplatku do příkladného výčtu svou povahou zapadá.". Obcím není svěřena při konkretizaci obecně závazných vyhlášek jen konkretizace procesních povinností, jako například splatnost poplatku a lhůty pro plnění ohlašovací povinnosti (byť s ohledem na zásady správy daní si její plnění v případě místního poplatku za komunální odpad lze představit jen obtížně), ale i ustanovení hmotněprávních, především

rozšíření výčtu subjektů osvobozených. A není v tomto směru výjimkou, že obec osvobodí od poplatku za komunální odpad osoby nezletilé (ať už je důvodem problematické určení způsobilosti jednat před správcem daně nebo sociálnost takového přístupu) nebo důchodce. Tímto je zasahováno do konstrukce místního poplatku a tím i do výnosu v mnohem větší míře než když samospráva stanoví hodnoty navýšení poplatku a v mezích své zákonné kompetence (tj. do maximální hodnoty trojnásobku) vystaví správci poplatku hranici (resp. omezení) správního uvážení.

S nálezem Ústavního soudu se tedy až na výše uvedenou výjimku ztotožňuji. Je nepochybné, že obecně závazná vyhláška města Chrastavy je v souladu se zákony a že omezení diskreční pravomoci správce poplatku při rozhodování o výši sankce za pozdní uhrazení či neuhrazení místního poplatku je přípustné. Dokonce se domnívám, že Chrastava ukázala i dalším obcím vhodný a žádoucí nástroj k posílení ekonomické autonomie obcí a ke spravedlivé správě místních poplatků. To se projevuje zejména ve stanovení přesnějších a čitelnějších pravidel pro finanční postih poplatníků, kteří svou poplatkovou povinnost nesplnili řádně a včas. Dochází tak i ke sblížení sankčních ustanovení v zákoně o místních poplatcích a v daňovém řádu, který rovněž nepracuje s institutem správního uvážení při ukládání sankcí (s výjimkou pořádkových pokut a pokut za porušení povinnosti mlčenlivosti). Poplatníci získávají právní jistotu tím, že příslušná rozhodnutí jsou předvídatelná a tím spravedlivější, neboť je minimalizován nerovný přístup k poplatníkům při ukládání sankce, respektive stanovení její výše. V úvodu stanovená hypotéza, že konkretizace sankčních ustanovení v obecně závazné vyhlášce je vhodná a prospěšná jak pro daňové subjekty, tak pro obce jako beneficiáře daně a obecní úřady jako správce daně, byla potvrzena.

Literature:

- Kadečka, S.: Zákon o místních poplatcích a předpisy související. Komentář, Praha: C.H.Beck, 2005, 399 s, ISBN: 80-7179-918-1.
- Nález pléna Ústavního soudu sp. zn. 9/10 ze dne 29.6.2010.
- Zákon č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů.
- Obecně závazná vyhláška města Chrastavy č. 1/2009 o místním poplatku za provoz systému shromažďování, sběru, přepravy, třídění, využívání a odstraňování komunálních odpadů.

Contact – email

micah.radvan@law.muni.cz

MEZE KANDIDATURY NEZÁVISLÝCH VE VOLBÁCH DO ZASTUPITELSTEV OBCÍ

FILIP RIGEL

Právnická fakulta Masarykovy univerzity / Nejvyšší správní soud, Česká republika

Abstract in original language

Kandidatura nezávislých by měla být ve volbách do zastupitelstev obcí velmi přirozeným jevem. Právní řád České republiky nicméně staví takovým kandidaturám mnoho překážek. Volební systém upřednostňuje politické strany a voliči nemohou udělit preferenční hlasy v pravém slova smyslu. Tyto a další limity jsou popsány v předkládaném příspěvku.

Key words in original language

volby do zastupitelstev obcí, kandidatura nezávislých

Abstract

Candidacy of the independents should be a very natural phenomenon in local elections. However, law of the Czech Republic builds a lot of obstacles to such candidacy. Electoral system prefers political parties and voters can not grant preferential votes. These and more limits are described in this paper.

Key words

Local Elections, Candidacy of the Independents

Jistě má platit úměra, že čím níže je volený orgán, tím snazší má být přístup nezávislých ke kandidatuře. Zatímco celostátní úroveň participace je silně spjata s institucí politických stran, není důvodu, aby úroveň lokální, oproštěná zpravidla od ryze politických rozhodnutí, neumožnila kandidaturu těm, kteří nejsou - ať již členstvím či jinak - spjati s politickými stranami. Česká právní úprava - zákon č. 491/2001 Sb., o volbách do zastupitelstev obcí a o změně některých zákonů - na první pohled přistupuje ke kandidatuře nezávislých vstřícně. A sice tak, že ji umožňuje. Ostatní volební zákony něco takového neumožňují a připouštějí jen kandidaturu politických stran (druhou výjimkou jsou volby senátní, které jsou ovšem konány dle většinového systému; nepodává se kandidátní listina, ale přihláška k registraci). Druhý pohled ovšem ukazuje, že kandidatuře nezávislých jsou i v případě voleb do zastupitelstev obcí kladeny určité překážky.

První z nich vyplývá z podmínek kandidatury jako takové. Ve volbách do zastupitelstev obcí mohou kandidátní listiny podávat tzv. volební strany. Volební stranou může být:

- registrovaná politická strana, pokud její činnost nebyla pozastavena,

- koalice politických stran,
- nezávislý kandidát,
- sdružení nezávislých kandidátů,
- sdružení politických stran a nezávislých kandidátů.

Nezávislý kandidát vystupuje v průběhu volebního procesu jako fyzická osoba, všechny úkony, které jinak vykonává zmocněnec, činí sám. Sdružení nezávislých kandidátů není právnickou osobou, na rozdíl od politické strany nemá právní subjektivitu a nikde není registrováno. Do jisté míry supljuje úlohu politické strany pro obecní volby, zákon o politických stranách se na ně pochopitelně nevztahuje. Dále je třeba rozlišovat mezi nezávislým kandidátem a kandidátem bez politické příslušnosti. Kandidát bez politické příslušnosti navržený politickou stranou není nezávislým kandidátem.¹ Toto rozlišení je důležité nejen jako informace pro voliče, ale i z toho důvodu, že kandidáta na kandidátní listině volební strany, tedy i kandidáta bez politické příslušnosti, může zmocněnec odvolat, což v případě, že volební stranu tvoří politická strana a nezávislý kandidát nebo jejich sdružení, neplatí.

Pokud volební stranu tvoří nezávislý kandidát či jejich sdružení, musí tato volební strana při podávání kandidátní listiny předložit zároveň petici podepsanou voliči podporující jejich kandidaturu, podpisy samotných kandidátů se nezapočítávají. Vedle podpisu voliče musí být uvedeno jeho jméno, příjmení, datum narození a místo, kde je přihlášen k trvalému pobytu, jinak tento hlas pro podporu volební strany nelze započítat. Potřebný počet podpisů voličů je stanoven v příloze k tomuto zákonu; číslo vypočtené podle přílohy se zaokrouhluje na celé číslo směrem nahoru. Potřebný počet podpisů na peticích uveřejní registrační úřad na úřední desce nejpozději 85 dnů přede dnem voleb. Počtem obyvatel se rozumí stav k 1. lednu roku, v němž se konají volby.

Obec, městská část, městský obvod, popřípadě volební obvod	Počet potřebných podpisů pro nezávislé kandidáty	Počet potřebných podpisů pro sdružení nezávislých kandidátů
do 500 obyvatel	5 %	7 %
nad 500 do 3 000 obyvatel	4 %, nejméně 25	7 %
nad 3 000 do 10 000 obyvatel	3 %, nejméně 120	7 %

¹ Výslovně to řekl i Nejvyšší soud v usnesení ze dne 28. 11. 2002, sp. zn. 11 Zp 43/2002.

nad 10 000 do 50 000 obyvatel	2 %, nejméně 600	7 %
nad 50 000 do 150 000 obyvatel	1 %, nejméně 1 000	7 %
nad 150 000 obyvatel	0,5 %, nejméně 1 500	7 %

Tabulka 1: Počty podpisů potřebných ke kandidatuře nezávislých kandidátů a jejich sdružení

Předložení nezbytného množství podpisů má zabránit kandidatuře osob bez vážného úmyslu funkci vykonávat. Počet podpisů, který současná úprava vyžaduje, je však přílišný. Prakticky tak může být obtížnější získat podpisy na podporu kandidatury než samotný mandát (a to zejména v případě sdružení nezávislých kandidátů ve velkých městech). Je potřeba zdůraznit, že podporovatelem kandidatury nezávislého může být pouze volič do zastupitelstva dané obce, avšak potřebné procento se neodvíjí od počtu voličů, nýbrž všech obyvatel. Mnohem snazší tak může být cesta spočívající v založení politické strany, neboť k jejímu založení postačí nasbírat tisíc podpisů občanů ČR, tedy napříč obcemi na území celé republiky.

Zdaleka největší restrikcí v kandidatuře nezávislých kandidátů však není požadavek na doložení stanoveného množství příznivců, ale skutečnosti vyplývající z volebního systému. Systém totiž znevýhodňuje nezávislé kandidáty a ty volební strany, které neobsadily celou kandidátku. Ve fázi hlasování dostávají vždy maximálně tolik hlasů, kolik činí počet jejich kandidátů. Nenaplněnost kandidátky je sice zohledněna při výpočtu překonání uzavírací klauzule, ale v konečném účtování této kandidátce nemusí být přiděleny žádné mandáty, protože vypočítané podíly jsou příliš malé. Možnost úspěchu politického subjektu je tedy přímo úměrná počtu kandidátů na listině.² Zdaleka nejvíce na tento jev doplácejí právě nezávislí kandidáti, neboť ti jsou samojedinými kandidáty své volební strany. Tato skutečnost někdy v malých obcích vede k neformální předvolební dohodě kandidátů, že nebude podáno několik málo kandidátních listin (zpravidla jedna) s větším počtem kandidátů, nýbrž každý bude kandidovat jen sám za sebe. Pokud všichni tuto dohodu dodrží, budou mandáty spravedlivě

² Tato vyřčená úměra nemusí platit v případě kandidatury silných lokálních osobností sdružených ve volební straně. Celá strana získává jen málo křížků a její úspěch je odvislý od silných kandidátů. Pokud by tato strana kandidovala ve větším městě (velikost zastupitelstva nad 20 mandátů) a nebyla by si jista překročením uzavírací klauzule, mohla by uvažovat o snížení počtu kandidátů na listině. Tím by snáze překročila klauzuli, zároveň by ovšem nepoztrácela tolik hlasů, aby jí to nestačilo na udělení nějakého mandátu. Domníváme se, že takovéto případy budou raritní, je třeba kumulativního naplnění všech podmínek, které jsme vyjmenovali (vysoký počet rozdělovaných mandátů – strana má několik silných jedinců a není homogenním politickým uskupením – strana lavíruje kolem 5 % volebního zisku). Popsaný jev je výjimkou z pravidla *čím více kandidátů, tím pravděpodobnější volební úspěch*.

rozděleny a navíc bude patrné, kdo se těší vůbec největší oblibě (takový pak bývá vybrán za starostu).

Shora popsáním jevem měly již příležitost zabývat se soudy. V obci Obrnice (okres Most) kandidovalo v obecních volbách v roce 2006 (volilo se tu 15 zastupitelů) celkem 8 subjektů, 7 z nich naplnilo kandidátku zcela nebo téměř zcela, vedle nich kandidoval jeden nezávislý kandidát. Celkem byly odevzdány 863 hlasovací obálky, 260 (tedy více než 30 %) z nich obsahovalo hlas pro nezávislého kandidáta. Mandáty si ovšem rozdělily všechny volební strany s výjimkou nezávislého kandidáta – tomu by připadl mandát až tehdy, pakliže by získal přinejmenším 621 hlas (téměř 72 %). Nezávislý kandidát nedosáhl ani na pozici náhradníka (náhradníci se rekrutují jen ze stran, které získaly alespoň jeden mandát). S ohledem na to, že všechny ostatní volební strany získaly alespoň jeden mandát, je postavení všech ostatních 103 kandidátů lepší než postavení nezávislého kandidáta, který tak z tohoto pohledu skončil ve volbách nehezky na zcela posledním místě.

Krajskému soudu v Ústí nad Labem byl předložen návrh na vyslovení neplatnosti voleb v dotčené obci. Soud přiznal znevýhodnění nezávislých kandidátů, neshledal ovšem porušení zákona a neplatnost voleb nevyslovil, ústavní konformitou se ve svých úvahách nezaobíral.³ Soud konstatoval, že „zákon o volbách do zastupitelstev obcí při přidělování mandátů zvýhodňuje volební strany, jejichž kandidátní listiny obsahují nejvyšší možný počet kandidátů. Naopak značně nepříznivý je tento volební systém pro nezávislé kandidáty, u nichž k uvedenému součtu nemůže docházet. Tato disproporce je pak tím vyšší, čím je nižší počet volených členů zastupitelstva. Nicméně zmíněné znevýhodnění nezávislých kandidátů při přidělování mandátů ve volbách do zastupitelstev obcí odpovídá znění zákona o volbách do zastupitelstev obcí a je důsledkem zásady poměrného zastoupení, která je pro volby do tohoto zastupitelského sboru zakotvena v jeho ustanovení § 2.“

Soud v daném případě dospěl k nesprávnému závěru, že disproporce je tím vyšší, čím nižší je počet volených členů zastupitelstva. Právý opak je pravdou. Zatímco v obci, kde se volí 5 zastupitelů, má nezávislý kandidát jakousi šanci uspět, ve velkých městech je z politického boje fakticky vyřazen. Čím větší je zastupitelstvo, tím více hlasů totiž získává volební strana s plným počtem kandidátů a tím větší náskok si oproti nezávislému kandidátovi vytvoří. Další nepřesnosti se soud dopustil, když konstatoval, že znevýhodnění nezávislých kandidátů (a volebních stran, které nenaplnily zcela kandidátní listinu) je důsledkem zásady poměrného zastoupení. Soud byl patrně veden úvahou, že kdyby byl zvolen většinový systém blokového hlasování, pak by nezávislý kandidát mandát získal. Zvolíme-li ovšem

³ Usnesení Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 13. 11. 2006, sp. zn. 15 Ca 247/2006, nepublikováno.

systém jediného přenosného hlasu, který je řazen k systémům poměrného zastoupení, pak nezávislý kandidát velmi pravděpodobně mandát získá rovněž. Znevýhodnění nezávislých kandidátů tedy není důsledkem zásady poměrného zastoupení, nýbrž spíše důsledkem systému kandidátní listiny a nejvíce pak důsledkem legislativního záměru zvýhodnit politické strany jakožto dominantní aktéry politického soupeření i na místní úrovni.

Krajský soud rozhodl zcela jistě v souladu se zákonem, už si ale nepoložil otázku ústavnosti takového legislativního řešení, která se přímo nabízela, neboť je patrné, že stanovený volební systém výsledky voleb silně deformuje. Je pravdou, že volební systém vždy nějakým způsobem přetvoří primární vůli voličů. Není ovšem v daném případě účinek volebního systému deformující až příliš? Vždyť nezávislý kandidát se těší důvěře třetiny voličů, přesto je po volbách jeho pozice ze 104 kandidujících osob nejhorší. Matoucí je systém i pro voliče. Ten předpokládá, že nezávislý kandidát, jemuž dává hlas, má stejnou šanci na zvolení jako kandidáti na kandidátkách ostatních volebních stran. Dále pak předpokládá, že k podpoře zvolené kandidátky využívá všech svých hlasů (zde patnácti – tolik se volí v dotčené obci zastupitelů). Skutečností ovšem je, že využívá pouze části svých hlasů (zde jednoho), pokud zbylou část nevyužije k podpoře kandidátů jiných stran, pak tato propadá.

Na druhou miskou vah ústavnosti vybraného systému je pak možno položit zájem na naplnění celého zastupitelstva. Osobnosti lokálního významu jsou systémem pobízeny, ať raději naleznou několik svých podporovatelů, kteří budou s nimi kandidovat na stejné listině. Je logické, že čím více osob kandiduje, tím větší je pravděpodobnost, že bude zastupitelstvo naplněno zcela. Takové řešení rovněž generuje vyšší počet náhradníků. Systém tak na významné místní osobnosti apeluje, ať plní integrační, socializační a politizační funkci ve své obci. Roli hraje také snaha zabránit kandidatuře recesistů a zájem na vytvoření akceschopné povolební koalice. Domníváme se, že důvody ospravedlňující tento systém převáží nad negativy. Zákon totiž není apriorně namířen proti nezávislým, nýbrž pouze proti těm, kteří nenaplní celou kandidátku (toto znevýhodnění ovšem může dopadnout i na politické strany). Naopak nezávislí, kteří utvoří sdružení a vygenerují dostatek kandidátů, mají z hlediska fungování systému rovné postavení jako politické strany. Možnost volebního úspěchu kandidujících jednotlivců je sice velmi ztížena, nicméně naděje na zisk mandátu stoupá s klesajícím počtem členů voleného sboru. To plně vychází z poznatku, že volby v nejmenších obcích mívají jiný charakter než volby ve velkých městech.

Třetí překážkou kandidatury nezávislých je otázka možnosti "skoku kandidátkou". Ta nabývá v této souvislosti významu v situaci, kdy kandiduje sdružení politických stran a nezávislých kandidátů. Tím se lze elegantně vyhnout oběma v předchozím textu popsáním překážkám, avšak zároveň narazit na překážku jinou. Pořadí na kandidátce bude patrně určovat

politická strana, což pokládá otázkou, jak mohou nezávislí kandidáti straníky přeskochit.

Ač někteří autoři považují kandidátní listinu podávanou ve volbách do zastupitelstev obcí za volnou (Filip 2003: 427), není to zcela přesné, neboť i v tomto typu voleb se mandáty udělují podle pořadí na kandidátní listině a přednostní mandát se udělí jenom v situaci, kdy kandidát dosáhne nejméně o 10 % více hlasů, než je průměrný počet hlasů pro kandidáty na dané listině. Specifikem obecních voleb je ovšem možnost tzv. panašování. Kandidátní listiny všech volebních stran jsou umístěny na jediném tiskopise. Každý volič má tolik hlasů, kolik se uděluje mandátů. Hlasy může rozdělit třemi způsoby:

- křížkem ve čtverečku v záhlaví sloupce s kandidáty volební strany hlasuje pro volební stranu jako celek,
- křížkem v rámečku vedle kandidáta jakékoliv volební strany dává hlas kandidátovi této volební strany, takto může označit nejvýše tolik kandidátů, kolik zastupitelů má být zvoleno,
- kombinací předešlých dvou možností. V takovém případě se nejprve počítají hlasy pro jednotlivé kandidáty a zbylou část jeho hlasů obdrží kandidáti označené volební strany podle pořadí na kandidátce.

Zakřížkuje-li volič kandidáty napříč volebními stranami, dává hlasy těm stranám, za něž je kandidát nominován. Kandidátovi uděluje jen jakýsi kvazipreferenční hlas. Jde-li o kandidáta z nižších pater listiny, musí takto dosáhnout počtu preferencí, které vyrovnají jeho ztrátu na průměr listiny, která vznikla označením volební strany a některých ostatních kandidátů jinými voliči (tím pádem tento kandidát jejich hlasy neobdržel), a navíc musí získat dalších 10 % preferencí. Takováto úprava reálně pomáhá pouze osobnostem mimořádného komunálního významu, které se však stejně nacházejí zpravidla na volitelných místech. Důsledkem může být praxe některých kandidátů, kteří jsou na nižších místech, spočívající v křížkování výhradně své osoby. Straně, která je kandidovala, tyto voliči hlas záměrně nedají, aby snížili průměr kandidátní listiny, a tím i absolutní počet hlasů potřebných k uplatnění preferencí.

Míra uplatnění vlivu kandidujících subjektů v komunálních volbách tak nespočívá jen v sestavení kandidátky a umožňuje stranickým aparátům požívat silný vliv v tom, kdo bude nakonec v zastupitelstvu za danou stranu sedět, a to i nad obvyklý rámec toho, že kandidáti na prvních místech mají větší šanci být zvoleni. Jednak jim jsou totiž započítány hlasy voličů, kteří hlasují pro celou volební stranu a ještě zvolí několik kandidátů, za druhé jsou lídři obvykle ústředními postavami volební kampaně a navíc jsou na čele kandidátky „více vidět“.

Pokud se volič rozhodne dát všechny své hlasy jedné volební straně, ztrácí jakoukoliv možnost ovlivnit pořadí na kandidátce.⁴ Pokud je pro voliče některý z kandidátů volební strany, kterou chce označit, nestravitelný, může se zachovat tak, že individuálně zakřížkuje všechny ostatní kandidáty dané strany a neoblíbenému hlas neudělí. Zbylý hlas buď propadne, nebo jej může volič udělit jednomu kandidátovi jiného seskupení. Druhou možností je, že volič raději svou averzi překoná, než by křížkoval x kandidátů, eventuálně hledal další mimo kandidátku. První z naznačených cest ale narazí na úskalí, pokud se nepopulární kandidát nachází na prvním místě kandidátky. Pokud totiž ostatní kandidáti na listině získají víceméně stejný počet hlasů, pak se neuplatní pravidlo o skoku na první místo kandidátky (nemá kdo koho přeskočit). Výsledkem je, že nechtěný kandidát dosáhne na první mandát.⁵

Lze tedy uzavřít, že kandidatura nezávislých naráží na takové překážky, kterým nelze prostou volební strategií čelit. Překážky mohou být zmírněny jen tím, co kandidát nemůže reálně ovlivnit (velikostí obce, kde kandiduje apod.). Systém pak je matoucí i pro samotné voliče. Proto by mělo být uvažováno o jeho změně, a to přestože nezávislí kandidáti bývají zpravidla celkovými vítězi komunálních voleb (co do počtu mandátů).

Literature:

- Filip, J.: Ústavní právo České republiky 1. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR, 4., oprav. a dopl. vyd, Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2003, 556 s., ISBN 80-210-3254-5
- Moravec, O., Rigel, F.: Zánik mandátu člena zastupitelstva obce, Časopis pro právní vědu a praxi, č. 1, 2004, s. 67-72
- Rigel, F.: Právní úprava některých proměnných volebního systému jako faktor ovlivňující selekci kandidátů uvnitř politických stran, Časopis pro právní vědu a praxi, č. 4, 2009, s. 285-293

⁴ Při práci v okrskových volebních komisích se lze namnoze setkat s hlasovacím lístkem, na němž je zakřížkována celá volební strana a ještě někteří její kandidáti. K hlasům pro ně se však nepřihlíží.

⁵ Svou roli samozřejmě hraje i velikost kandidátky. Uvedme příklad z voleb do zastupitelstva Prahy 5 z roku 2006. Neoblíbeným kandidátem byl Milan Jančík, uvedený jako č. 1 na kandidátce ODS. Ze všech 23 zvolených zastupitelů za tuto stranu získal nejmenší počet hlasů. Z celé třiačtyřicetičlenné kandidátky získala méně hlasů jen jediná osoba, nacházející se na zcela posledním místě. Přesto Milan Jančík získal první přidělovaný mandát a následně byl zvolen starostou Prahy 5.

- Šimíček, V., Molek, P.: Soudní přezkum voleb, Praha: Linde, 2006, 336 s., ISBN 80-7201-639-3

Contact – email

filip@rigel.cz

NÁRODNÍ VÝHRADA V KONTEXTU NADNÁRODNÍHO VOLEBNÍHO PRÁVA

ROMAN ŘÍČKA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Článek se zaměřuje na analýzu „národní výhrady“ skrze kterou je členským státům umožněno vyhradit určité pozice (při „základních územně samosprávných celcích“) pouze pro své vlastní občany. Autor se snaží zjistit, zda pro umožnění této výhrady existuje legitimní důvod nebo nikoliv. Autor dochází ke konstatování, že legitimní důvod absentuje, ve světle čehož se snaží odhadnout skutečné příčiny toho, že takováto výhrada tvoří součást Evropského práva. Odpověď na tuto otázku pak není překvapující – „politické pohnutky“. Článek je uzavřen autorovou úvahou nad tím, jakou pozici má předmětná výhrada v právu EU a jaký je její vztah k evropské integraci.

Key words in original language

Evropská unie; občan EU; komunální volební právo; základní územní samosprávný celek; národní výhrada; legitimita; politické důvody; ESD.

Abstract

The paper is focused on analysis of "national exemption" through which Member states are allowed to reserve certain elected posts in offices of basic local government units just for their own citizens. The author is trying to find out whether there is a legitimate reason to enable the exemption or not. The author states that a legitimate reason is missing, in light of which he tries to ascertain the real causes why such exemption constitutes part of European Union's law. The answer found is then unsurprising – it is for political reasons. The paper is closed by the author's reflection on what is the position of the exemption in EU's law and how it relates to European integration.

Key words

European Union; Citizen of the EU; municipal electoral right; basic local government unit; national exemption; legitimacy; political reasons; ECJ.

1. KOMUNÁLNÍ VOLEBNÍ PRÁVO

Vznik a rozvoj Společenství/Unie¹ přinesl změny nejen do života členských států, ale postupem času stále ve větší a větší míře i do života jednotlivců. Velmi intenzivně bylo vnímáno kupř. zavedení možnosti pohybovat se

¹ dále též EU.

volně v rámci území Evropské unie². Z pohledu jednotlivců šlo o otevření dveří do celé Evropy, avšak pro členské státy/Unii tato svoboda znamenala, a dodnes znamená, především nekončící proces „*odstraňování jakýchkoliv právních nebo praktických překážek, které by někomu mohly bránit v přesunu do jiného členského státu*“³. V rámci této výzvy pak Unie musela řešit samozřejmě především ty skutečnosti, které s volným pohybem osob souvisí zcela bezprostředně – typicky otázky z oblasti sociálního zabezpečení. Vedle nich však byla nucena zabývat se i těmi, u nichž není návaznost na volný pohyb osob možná tak frapantní jako v případech prvních, avšak přesto zde je. Do této množiny lze, dle názoru autora, zařadit i zájem jednotlivců participovat na životě územních samosprávných celků⁴, v nichž žijí. Snaha Unie podpořit volný pohyb osob co nejvíce, se tak stala jedním z důvodů, proč bylo, v rámci postupující integrace, jednotlivcům (konkrétně občanům EU) přiznáno právo volit a být volen v obecních volbách v členském státě, v němž mají bydliště⁵. I přes jeho nesporný význam, však nebylo v počátcích tomuto právu věnováno jednotlivci tolik pozornosti, kolik by se dalo očekávat. Hlavní důvod byl přitom prozaický, jednotlivci si nebyly tohoto svého práva příliš vědomi. To se však především v posledních letech dramaticky mění, neboť jak dokladuje nedávný průzkum, došlo na úrovni EU mezi lety 2007 (37%) - 2010 (69%) téměř ke zdvojnásobení počtu těch, kteří jsou tohoto práva znalí⁶. Vzhledem k rostoucímu zájmu o něj a jeho důležitosti, tak představuje toto právo téma, které si zaslouhuje pozornost. Pravdou však je, že komunální volební právo tvoří relativně rozsáhlou materii, které by bylo možno věnovat samostatnou publikaci. Není proto ambicí tohoto článku zabírat se touto oblastí v celé její komplexnosti, ale namísto toho je text cílen na analýzu dílčího omezení. Jedná se o restrikcii, kterou unijní právo umožňuje členským státům přijmout ve vztahu k občanům EU, majícím bydliště ve státě, jehož nejsou státními příslušníky⁷.

² otázku volného pohybu osob v souvislosti s dalšími státy (mj. země Evropského hospodářského prostoru) ponechme pro účely tohoto článku stranou.

³ *Volný pohyb osob* [online]. MPSV, 2009 [cit. 2011-02-23]. Dostupné z: <<http://www.mpsv.cz/cs/1280>>.

⁴ dále též ÚSC.

⁵ Smlouva o fungování Evropské unie, 12008E/TXT, Úřední věstník C 115 ze dne 9. května 2008, ve znění Lisabonské smlouvy. (čl. 22, odst. 1) – dále též SFEU.

⁶ *Electoral rights of EU citizens* [online]. EUROPEAN COMMISSION, 2010 [cit. 2011-02-23]. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_292_en.pdf>.

⁷ občan EU, mající bydliště ve státě, jehož není státním příslušníkem, je pro účely tohoto článku dále označován též jako „EU-cizinec“.

2. „NÁRODNÍ NADNÁRODNOST“

Komunální volební právo je v integrované Evropě spojeno s pojmem „občanství EU“ a do komunitárního (dnes unijního) práva⁸ tak bylo vneseno tzv. Maastrichtskou smlouvou⁹, která občanství EU poprvé představila. V dnešní době je toto právo zakotveno jednak v čl. 40 LZPEU¹⁰ – „*Každý občan Unie má právo volit a být volen v obecních volbách v členském státě, v němž má bydliště, za stejných podmínek jako státní příslušníci tohoto státu*“, který pak odpovídá článku 20 odst. 2 písm. b) SFEU. Stran podrobností týkajících výkonu tohoto práva je pak třeba poukázat na čl. 22 odst. 1 SFEU¹¹. Posledně uváděný přitom skrze obrat „*právo je vykonáváno v souladu s podrobnou úpravou*“¹² odkazuje na prováděcí směrnici^{13 14}, ukrývající i ustanovení, která se mají stát hlavním tématem pro zbývající řádky tohoto příspěvku.

Odkazovaná ustanovení znamenala ve své době významný krok kupředu, neboť měla za následek změkčení podmínky státního občanství¹⁵, které dříve volební právo zásadně podmiňovalo. Současně by však bylo liché se domnívat, že s jejich zavedením zároveň došlo i k obecnému zrovnoprávnění EU-cizinců a státních příslušníků toho kterého čl. státu. Řečené dokládá zmiňovaná prováděcí směrnice, která ve svém pátém článku konstatuje, že „*Členské státy mohou stanovit, že do funkce předsedy, jeho zástupce či náhradníka nebo člena předsednictva výkonného orgánu základního územního samosprávného celku mohou být zvoleni pouze jejich státní příslušníci, pokud jsou tyto osoby voleny pro výkon těchto funkcí na*

⁸ pozn. autora – za účelem, aby se článek nestal terminologicky nepřehledným, bude autor nadále vycházet toliko ze současného pojmosloví, tzn., bude využívat pouze termínu unijní právo/právo EU.

⁹ Smlouva o Evropské unii, 11992M/TXT, české znění obsaženo ve sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 44/2004 Sb.m.s. publikovaném dne 28. dubna 2004, v původním znění.

¹⁰ Listina základních práv Evropské unie, 12007P/TXT, Úřední věstník C 303 ze dne 14. prosince 2007, v aktuálním znění.

¹¹ Arnold, R. in TICHÝ, L., ARNOLD, R., ZEMÁNEK, J. et al. *Evropské právo*. 4. vyd. Praha : C. H. Beck, 2011. s. 136.

¹² Smlouva o fungování Evropské unie, 12008E/TXT, Úřední věstník C 115 ze dne 9. května 2008, ve znění Lisabonské smlouvy. (čl. 22, odst. 1).

¹³ Směrnice Rady 94/80/ES ze dne 19. prosince 1994, kterou se stanoví pravidla pro výkon práva volit a práva být volen v obecních volbách pro občany Unie s bydlištěm v členském státě, jehož nejsou státními příslušníky, 31994L0080, Úřední věstník L 368 ze dne 31. prosince 1994.

¹⁴ dále též S94/80, či směrnice.

¹⁵ BALÍK, S. *Komunální politika : obce, aktéři a cíle místní politiky*. Praha : Grada, 2009. str. 85.

*dobu trvání svého mandátu.*¹⁶ Navazující pododstavec pak stejné omezení připouští i pro dočasný a prozatímní výkon řečených funkcí¹⁷. Pododstavec třetí pak dodává, že národní ustanovení, která možnost výhrady realizují, musí být „...v souladu se Smlouvou a obecnými zásadami práva a (úprava) musí být pro uvedené cíle přiměřená, nezbytná a úměrná“¹⁸. Poskytnutí (státům) možnosti učinit výhradu ryze *národního* charakteru, právem organizace, jejímž nejvýznamnějším rysem je naopak *nadnárodnost*, přivedlo autora tohoto článku k otázkám, o jejichž zodpovězení bude usilovat v následujících kapitolách. Je umožnění této výhrady, v kontextu nadnárodního charakteru Evropské unie, legitimní? Co vedlo Unii, respektive čl. státy k tomu, že předmětnou výhradu do práva EU zakotvily? Při snaze dopátrat se odpovědi bude autor částečně pracovat i s českou národní úpravou a to za účelem posoudit opodstatněnost dané výhrady v její konkrétní vnitrostátní podobě. Podotkneme však, že z toho vyplývající závěry, vzhledem k rozdílnosti národních úprav, nemusí být vždy relevantní ve vztahu k právním řádům jiných členských států.

3. JUDIKATURA SOUDNÍHO DVORA – PARALELA S PŘÍPADEM „STÁTNÍ SLUŽBA“¹⁹

Předtím, než přejdeme k analýze primárního, respektive sekundárního, práva, pokusme se zdroj legitimacy pro výhradu dle čl. 5 směrnice nalézt i jinde, konkrétně v judikatuře Soudního dvora²⁰. Ta totiž dala základ mnohým, a to i zcela základním, principům práva EU²¹ a neměla by tudíž být opomenuta. Mezi rozhodnutími ESD pravda nenajdeme rozsudek, který by se věnoval přímo předmětné výhradě, nicméně i přesto zde lze nalézt případ, ve světle jehož závěrů lze dotčené omezení posuzovat. Jedná se o řízení Komise ES vs. Belgické království. Záležitost řešená v této kauze se od analyzované problematiky liší tím, že v rámci předmětného řízení byla rozebírána otázka zaměstnání ve veřejné správě²² a s tím související zákaz diskriminace mezi pracovníky na základě státní příslušnosti. Postavení členů

¹⁶ Směrnice Rady 94/80/ES ze dne 19. prosince 1994, kterou se stanoví pravidla pro výkon práva volit a práva být volen v obecních volbách pro občany Unie s bydlištěm v členském státě, jehož nejsou státními příslušníky, 31994L0080, Úřední věstník L 368 ze dne 31. prosince 1994. (čl. 5, odst. 3, pododst. 1).

¹⁷ Op. cit. 16, čl. 5, odst. 3, pododst. 2.

¹⁸ Op. cit. 16, čl. 5, odst. 3, pododst. 3.

¹⁹ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 17. 12. 1980, sp. zn. 149/79. *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*.

²⁰ dále též ESD.

²¹ z těch opravdu nejzákladnějších jmenujme např. zásadu přímého účinku práva EU (dříve ES), či přednosti unijního (dříve komunitárního) práva před vnitrostátním (v obou případech je meta-judikátem rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 2. 1963, sp. zn. 26/62. *Van Gend en Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*).

²² dále též VS.

předsednictva, respektive předsedy (jeho zástupce/náhradníka) výkonného orgánu ÚSC²³ – v podmínkách České republiky²⁴ půjde zřejmě především o starostu a místostarostu(y) obce²⁵ – se svou povahou od pozice zaměstnanců veřejné správy skutečně liší, nicméně v případě figuruje i skutečnost, jež představuje zásadní pojiťko kauzy s námi posuzovanou výhradou. Je jí možnost čl. státu, i přes řečený zákaz diskriminace, jež je unijnímu právu vlastní, vyčlenit určitou pozici(e) toliko pro své státní příslušníky. Jestliže totiž možnost činit takovouto výhradu ve vztahu k *určitým* zaměstnáním ve VS²⁶ je na základě rozebíraného případu obecně akceptována, nelze tento uplatnit i na podporu výhrady dle čl. 5 odst. 3 směrnice? Dle názoru autora platí, že pokud by v judikátu stanovené podmínky (rozuměj vymezení vyhraditelných funkcí) byly smysluplně vztažitelné i na pozice jmenované ve směrnici, pak by na uváděné rozhodnutí bylo možno nahlížet jako na legitimní základ pro analyzovanou výhradu. Otázkou tedy je, zda dané podmínky jsou ve vztahu k dotčeným pozicím skutečně uplatnitelné, relevantní. Dle odst. 10 rozsudku ESD stát může vyhradit pro své státní příslušníky zaměstnání, která „zahrnují přímou, či nepřímou účast na (A) výkonu veřejné moci“²⁷, popřípadě „(B) na funkcích, jejichž předmětem je ochrana obecných zájmů státu či jiných veřejnoprávních celků“²⁸. To vše pak z důvodu, že (C) „taková zaměstnání totiž předpokládají ze strany osob, jež je zastávají, zvláštní vztah solidarity vůči státu a reciprocitu práv a povinností, na nichž je založeno pouto státní příslušnosti“²⁹. Z dikce citované pasáže rozhodnutí přitom autor usuzuje, že tato de facto stanovuje

²³ směrnice 94/80 pracuje s termínem „základní územní samosprávný celek“ (dále též zÚSC, či základní ÚSC), který i v podmínkách ČR zahrnuje více subjektů než pouze obec (např. městskou část), avšak pro účely přehlednosti bude autor nadále hovořit již pouze o obcích. Z řečeného je však zřejmé, že autorovy závěry budou zásadně platit pro všechny subjekty spadající pod pojem „základní územní samosprávný celek“.

²⁴ dále též ČR.

²⁵ dle zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů, totiž „starosta svolává a zpravídla řídí zasedání [...] rady obce (výkonný orgán obce v samostatné působnosti)...“ (§130, odst. 5), přičemž „Starostu zastupuje místostarosta...“ (§104, odst. 1) a dále platí, že „Obecní úřad (mj. výkonný orgán v oblasti přenesené působnosti) tvoří starosta, místostarosta (místostarostové)...“ (§109, odst. 1).

²⁶ obecně totiž možnost činit předmětnou výhradu vyplývala již z ustanovení primárního práva (viz níže) – čl. 48, odst. 4 Smlouvy o založení Evropského hospodářského společenství, v původním znění (dnes čl. 51, odst. 1 SFEU). Předložené rozhodnutí ESD však vymezilo, jaké podmínky musí „vyhraditelné“ pozice splňovat. Jinými slovy, předmětný judikát možnost učinit danou výhradu potvrdil s doplněním popisu charakteru pracovních míst, pro něž je dotčené omezení relevantní.

²⁷ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 17. 12. 1980, sp. zn. 149/79. Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium. (odst. 10).

²⁸ Op. cit. 27, odst. 10.

²⁹ Op. cit. 27, odst. 10.

dvě možnosti (dvě složené podmínky), kdy stát může výhradu učinit – buď bude splněno současně písm. (A) a (C)³⁰, nebo písmena (B) a (C).

Jestliže se nejprve zaměříme na první z podmínek, respektive na prvek „A“, pak lze konstatovat, že z perspektivy tohoto bodu judikát 149/79 podporuje umožnění národní výhrady dle S94/80. Stejně jako v něm rozebírané pozice, uznané ESD za vyhraditelné, totiž rovněž i funkce omezitelné směrnici musí souviset s výkonem veřejné moci. Řečené dle autora vyplývá již z preambule směrnice, jež uvádí „vzhledem k tomu, že pověření výkonného orgánu základního územního samosprávného celku může zahrnovat účast na výkonu veřejné moci a na ochraně obecných zájmů; že by členské státy měly mít možnost vyhradit tyto funkce svým státním příslušníkům“^{31 32}. Rozbor subpodmínky (A) tedy můžeme zakončit konstatováním, že tuto lze považovat za relevantní i pro námi zkoumanou problematiku.

Problém nastává v okamžiku, kdy přidáme prvek označený písmenem (C). Obrat „zaměstnání totiž předpokládají ze strany osob, jež je zastávají, zvláštní vztah solidarity...“³³ je totiž dle autora třeba interpretovat jako samostatnou podmínku znějící „jestliže zde není nezbytná míra solidarity...“. Z citované pasáže „(C)“ tedy autor důvodně usuzuje, že tato nesměruje na nic jiného, než na zajištění bezpečnosti (jednotnosti, veřejného pořádku...) státu. Prostředek, který k tomu pak volí, je zabránění osobám, u nichž primárně nelze očekávat požadovanou míru solidaritu vůči danému státu (cizí státní příslušníci), v přístupu k funkcím (respektive k pravomocem), které by mohly, právě z důvodu nedostatečné solidarity, tyto osoby zneužít a ohrozit tak stát jako takový. A contrario lze z řečeného dovodit, že v případě, kdy však je možné u EU-cizinců dostatečnou míru solidarity konstatovat, není nutné bránit jim v dosažení daných funkcí, neboť hrozba zneužití není v takovém případě vyšší, než u občanů daného státu. Důvod, proč pak autor považuje tuto subpodmínku za problematickou, je ten, že zde dle něj existuje možnost, jak může být, v případě participace na správě základního ÚSC, řečená solidarita EU-cizinců zajištěna a není přitom nutné předmětnou výhradu dle směrnice 94/80 aplikovat. Kýžený prostředek, který řečené umožňuje, je dle autora obsažen v čl. 4, odst. 3 S94/80. Ten za přípustné prohlašuje „předpisy jednotlivých členských států,

³⁰ k vymezení subpodmínky „(C)“ viz níže.

³¹ Směrnice Rady 94/80/ES ze dne 19. prosince 1994, kterou se stanoví pravidla pro výkon práva volit a práva být volen v obecních volbách pro občany Unie s bydlištěm v členském státě, jehož nejsou státními příslušníky, 31994L0080, Úřední věstník L 368 ze dne 31. prosince 1994. (preambule, odst. 15).

³² jak vidno směrnice v preambuli zmiňuje i ochranu obecných zájmů (týká se druhé z podmínek (B+C)), avšak v rámci rozboru podmínky první (A+C) tuto skutečnost na chvíli přehlédneme.

³³ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 17. 12. 1980, sp. zn. 149/79. *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*. (odst. 10).

teré výkon práva volit a být volen všech voličů a osob, které mohou být zvoleny, podmiňují v daném základním územním samosprávném celku minimální dobou bydliště na území tohoto celku“³⁴. Autor se totiž domnívá, že EU-cizinec žijící po určitou dobu v určitém samosprávném celku si k tomuto vytvoří jistý bližší vztah. Tento pak bude mít za následek, že takovýto občan EU bude mít jistě zájem na pozitivním rozvoji svého ÚSC a bude tedy vykazovat dostatečnou míru solidarity vůči této územní jednotce (a zprostředkovaně tedy i vůči danému státu), aby mohl zastávat veškeré volené funkce s ní spojené. Autor zároveň nemá za to, že by bylo na škodu, že by v tomto případě podmínka dopadla i na občany příslušného čl. státu – podmínka se totiž týká „všech voličů a osob, které mohou být voleny“. Je sice pravdou, že u těchto lze solidaritu ke státu dovodit i bez naplnění podmínky doby pobytu, avšak takováto podmínka jistě přispívá k tomu, aby si i tito vytvořili užší vztah k celku, v jehož orgánech chtějí vystupovat, což může jedinečně podpořit jejich snahu účinně bránit jeho zájmy. Ve vztahu k EU-cizincům je třeba akcentovat i to, že autor výše uvádí, že podmínka doby pobytu by měla zajistit dostatečnou míru solidarity, nikoliv snad to, že dané osoby budou státu pobytu zcela „oddáni“. Jinými slovy, autor má za to, že míra požadované solidarity by měla být úměrná tomu, jakými pravomocemi budou osoby v daných funkcích disponovat. Rozsah těchto oprávnění se samozřejmě bude lišit stát od státu, ale obecně můžeme mít za to, že vzhledem k tomu, že jde o funkce při základním ÚSC, tak nepůjde o pravomoci zásadního významu. To znamená, že tyto nebudou u svého nositele vyžadovat vyšší míru solidarity, než jaká může být skrze podmínku doby pobytu dosažena. Oproti tomu, možnost občana EU být zaměstnán ve VS „cizího členského státu“ není vertikálně nijak omezena, tedy v tomto případě se může jednat i o pozice na vyšším stupni, s nimiž mohou být spojeny relativně rozsáhle pravomoci, ve světle čehož je zájem státu, vyhradit tyto funkce toliko pro své občany, pochopitelný. Řečeno jinými slovy, doba pobytu, potřebná k tomu, aby byla dosažena taková míra solidarity, jež je nezbytná pro výkon dotčených funkcí, by mohla dosáhnout takové délky, že by její vyžadování bylo de facto rovno předmětné výhradě. Z hlediska transparentnosti pak autor považuje za přijatelnější, aby stát rovnou předmětnou výhradu učinil, než aby ji maskoval nediskriminačně se tvářící podmínkou doby pobytu, mající však stejný efekt.

Jestliže se nyní vrátíme k naší podmínce (A+C) a pokusíme se jí interpretovat ve světle předchozích řádků, pak dosažený výsledek bude vypadat pravděpodobně takto – „jestliže se jedná o pozici zahrnující (ne)přímou účast na výkonu veřejné moci“ (= A) a zároveň „výkon této pozice vyžaduje takovou míru solidarity ke státu, že tato nemůže být

³⁴ Směrnice Rady 94/80/ES ze dne 19. prosince 1994, kterou se stanoví pravidla pro výkon práva volit a práva být volen v obecních volbách pro občany Unie s bydlištěm v členském státě, jehož nejsou státními příslušníky, 31994L0080, Úřední věstník L 368 ze dne 31. prosince 1994. (čl. 4, odst. 3, pododst. 1).

dosažena jinak, než skrze požadavek státní příslušnosti“ (= C) pak „státe smíš učinit národní výhradu“. Tento výklad pak umožňuje velmi snad odpovědět na otázku, zda, z perspektivy podmínky (A+C), lze rozhodnutím 149/79 argumentovat ve prospěch legitimacy výhrady připuštěné čl. 5 směrnice 94/80. Vyjádřeno zcela explicitně – nelze, neboť jak uvedeno v předešlých řádcích, tak v souvislosti s volenými posty při zÚSC lze nezbytnou solidaritu zajistit jiným, nediskriminačním, prostředkem – podmínkou doby pobytu.

Jelikož subpodmínka (C) je společná oběma podmínkám (A+C) i (B+C), je zřejmé, že i v případě druhé z podmínek nutně dospějeme ke stejnému závěru, avšak pro úplnost se v krátkosti zabývejme i dosud nerozebíranou subpodmínkou (B). Ta možnost učinit národní výhradu podmiňuje požadavkem toho, že dané zaměstnání musí být spojeno s ochranou obecných zájmů státu/jinému veřejnoprávního celku. Tento požadavek však dle autora vyznívá, ve vztahu k rozebírané problematice, poměrně pofiderně, neboť je zřejmé, že de facto *veškeré* volené funkce při (z)ÚSC jsou spojeny s ochranou jejich obecných zájmů. Jestliže současně vyjdeme z toho, že územní samosprávné celky mají zásadně povahu veřejnoprávních korporací³⁵, pak umožnění učinit výhradu ve vztahu k pozicím „*jejichž předmětem je ochrana obecných zájmů [...] veřejnoprávních celků*“³⁶ by znamenalo „pohřbít“ myšlenku komunálního volebního práva EU-cizinců jako takovou, respektive učinit toto právo zcela závislé na libovůli jednotlivých členských států.

Na tomto místě se pak ale logicky nabízí otázka, proč tedy sama směrnice tuto podmínku, ve své preambuli³⁷, zahrnuje? Odpovědí bude patrně to, že tato, na rozdíl od judikátu ESD, nespecifikuje, o čí obecné zájmy se jedná a hovoří pouze o ochraně obecných zájmů jako takové. Vzhledem k uvedenému je tak třeba tento pojem vykládat spíše restriktivně, tzn. pouze jako ochranu obecných zájmů státu. V souvislosti s tímto výkladem se však nabízí otázka jiná, na niž již autor odpověď nezná – o jaké zájmy státu se může jednat, že jejich ochrana je spojena pouze s předsedou/předsednictvem výkonného orgánu zÚSC a nikoliv již s ostatními funkcemi při tomto celku, které tak mohou být přístupné i EU-cizincům? Jak vidno, zařazení této

³⁵ viz §2 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů – „*Obec je veřejnoprávní korporací...*“.

³⁶ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 17. 12. 1980, sp. zn. 149/79. *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*. (odst. 10).

³⁷ „*vzhledem k tomu, že pověření výkonného orgánu základního územního samosprávného celku může zahrnovat účast na [...] ochraně obecných zájmů; že by členské státy měly mít možnost vyhradit tyto funkce svým státním příslušníkům*“ – Směrnice Rady 94/80/ES ze dne 19. prosince 1994, kterou se stanoví pravidla pro výkon práva volit a práva být volen v obecních volbách pro občany Unie s bydlištěm v členském státě, jehož nejsou státními příslušníky, 31994L0080, Úřední věstník L 368 ze dne 31. prosince 1994. (preambule, odst. 15).

podmínky do textu směrnice 94/80 je počinem poněkud nesrozumitelným, avšak jak shora konstatováno, ani při naplnění subpodmínky (B), by podmínka (B+C), vzhledem k její druhé části, nebyla průchozí a není tak třeba nad absencí těžko formulovatelné odpovědi, na uvedenou otázku, příliš zoufat. Řečené pak platí tím spíše, že to opravdu podstatné již řečeno bylo a to hned dvakrát, totiž to, že i v případě podmínky (B+C) dospíváme ke stejnému závěru jako u podmínky první – judikát ESD sp. zn. 149/79 nesvědčí ve prospěch legitimacy výhrady dle čl. 5 S94/80.

K možnosti uplatnit rozhodnutí 149/79 ve prospěch „směrnice výhrady“ je třeba podotknout ještě jednu skutečnost. Dotčený rozsudek byl vynesen dne 17. prosince 1980, tedy v době, kdy Unie, respektive občanství Unie, respektive volební právo s ním spojené, neexistovala dost možná ani v myšlenkách nejzanícenějších příznivců evropské integrace a je tak otázkou, jak by ESD uváděné podmínky vymezil v současnosti. Jinými slovy, rozdílnost okolností roku 1980 a 1993 (Maastrichtská smlouva) případně 1994 (směrnice S94/80) je natolik značná, že ji lze vnímat jako akcesorický důvod, proč řečený judikát na podporu umožnění výhrady, dle čl. 5 směrnice, neuplatňovat.

Jestliže závěrem kapitoly shrneme skutečnosti v ní uvedené, pak lze dle autora konstatovat, že judikát označovaný populárním názvem „Státní správa“ nedává legitimní základ tomu, že nadnárodní Unie umožňuje členským státům činit předmětnou národní výhradu. Tomuto závěru přitom lze připisovat větší význam, než by se na první pohled mohlo zdát a to sice z důvodu dalšího rozdílu, který panuje mezi výhradou rozebíranou ESD a tou, která je umožněna na základě čl. 5 odst. 3 směrnice 94/80. Omezení prvně jmenované je totiž zakotveno již v samotném primárním právu EU – v současnosti se jedná o čl. 51 odst. 1 SFEU – zatímco v pořadí druhá z výhrad, je, jak řečeno, zakotvena až v aktu sekundárním a v právu primárním má oporu jen ve frázi dosahující nejvyššího stupně obecnosti – „...úprava (přijata Radou) může stanovit výjimky (z komunálního volebního práva EU-cizinců)...“³⁸. Ze zmíněného, dle názoru autora, následně vyplývá, že výhrada dle směrnice 94/80 má mnohem větší základ, než výhrada týkající se VS, v důsledku čehož by na možnost, argumentovat v její prospěch poukazem na analogii s výhradou „posvěcenou“ Soudním dvorem EU, bylo možno hledět jako na významné posílení její pozice. Jak však již bylo několikrát zopakováno, tato cesta, je pro „obhájce“ analyzovaného omezení uzavřena.

³⁸ Smlouva o fungování Evropské unie, 12008E/TXT, Úřední věstník C 115 ze dne 9. května 2008, ve znění Lisabonské smlouvy. (čl. 22, odst. 1).

4. PNÚ – PŘIMĚŘENOST, NEZBYTNOST, ÚMĚRNOST (?)

Jak vyplynulo z předchozí kapitoly, judikatura ESD nenabízí dostatečný důvod, proč uznat řešenou výhradu za legitimní. Jestliže však nemá jít o ustanovení porušující zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti, pak zde nějaký zdroj legitimacy být musí. Kde tedy tento hledat? Odpověď ukrývá sama směrnice, která ve svém čl. 5, odst. 3, pododst. 3 uvádí „*Předpisy, které mohou členské státy přijmout k zajištění výkonu (odkazovaných) funkcí (při ZÚSC) [...] jejich státními příslušníky, musí být v souladu se Smlouvou a obecnými zásadami práva a musí být pro uvedené cíle přiměřená, nezbytná a úměrná.*“³⁹. Nahlíženo z perspektivy našeho zájmu, pak citované ustanovení vlastně říká – „jestliže zde existuje cíl, jehož ochrana má natolik zásadní význam, že tento ospravedlňuje i porušení principu zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, pak lze považovat za legitimní, aby členský stát, je-li to pro zajištění zmíněné ochrany *nezbytné*, učinil (přiměřenou, úměrnou) výhradu dle pododst. 1 a 2, odst. 3, čl. 5 této směrnice“. Řečeno jinak, jestliže zde přichází do úvahy ohrožení cíle esenciálního významu a současně učinění předmětné výhrady je nezbytné pro zajištění jeho ochrany, pak lze umožnění této výhrady, ze strany Unie, nepochybně považovat za legitimní krok. Teze „potřeba chránit výjimečné hodnoty (cíle) ospravedlňuje nekonformní opatření“ je sama o sobě, alespoň dle názoru autora, plně akceptovatelná, vždyť konečně s obdobnými ustanoveními se můžeme běžně setkat mj. v ústavách, či lidsko-právních listinách čl. států⁴⁰, avšak to samo o osobě ještě neznamená, že předmětná koncepce, zasazena do kontextu rozebírané problematiky, nemá své slabé místo. Pomyslnou Achillovu patu, předložené obhajoby umožnění dotčené výhrady, představuje v tomto bodě otázka „jsou v rozebíraném případě ohroženy nějaké hodnoty zásadního významu?“. Hledání kýžené odpovědi, jež rozřeší dilema, zda citované ustanovení je oním vyhlášeným zdrojem legitimacy, jsou pak věnovány následující řádky.

Pro usnadnění stanoveného úkolu si předloženou otázku úvodem nejprve generalizujeme. Jaký cíl(e) může legitimizovat omezení jednoho ze základních práv jednotlivce? Zcela obecně vzato se jako nejpravděpodobnější možnost nabízí odpověď typu veřejná bezpečnost, veřejný pořádek, jednotu státu, jeho celistvost etc.. Proti tvrzení, že kupř. taková jednotnost, stabilita, potažmo celistvost, patří k hodnotám, jejichž ochrana je pro každý stát přímo esenciální, nelze, alespoň dle autora

³⁹ Směrnice Rady 94/80/ES ze dne 19. prosince 1994, kterou se stanoví pravidla pro výkon práva volit a práva být volen v obecních volbách pro občany Unie s bydlištěm v členském státě, jehož nejsou státními příslušníky, 31994L0080, Úřední věstník L 368 ze dne 31. prosince 1994. (čl. 5, odst. 3, pododst. 3).

⁴⁰ např. Listina základních práv a svobod ČR (LZPS) pracuje velmi často s obratem, že určité právo může být omezeno tehdy „...je-li to v demokratické společnosti *nezbytné pro*... (bezpečnost státu, ochranu veřejné bezpečnosti a veřejného pořádku apod.)“ – srov. např. čl. 12, odst. 3 LZPS, čl. 20, odst. 3 LZPS, či čl. 27, odst. 3 LZPS.

mínění, nic relevantního namítat. Konečně řečené potvrzuje už systematické zařazení těch ustanovení, které tyto hodnoty zakotvují, v ústavách jednotlivých členských států – namátkou viz např. španělská ústava (čl. 2) a její „*společná a nedělitelná vlast (země)*“⁴¹, či polská ústava (hlava I., čl. 3) hovořící o tom, že Polsko je „*jednotným státem*“⁴² a nezapomeňme samozřejmě ani na Ústavu ČR (hlava I., čl. 1, odst. 1), jež stanoví, že „*Česká republika je svrchovaný, jednotný a demokratický právní stát...*“⁴³. Ano, např. jednotnost, stejně jako i další uváděné/adekvátní hodnoty, by vzhledem ke své důležitosti skutečně mohla představovat cíl, jenž by opravňoval stát k tomu, aby tento omezil i tak zásadní právo jakým je právo (občanů EU) volit a být volen⁴⁴, např. skrze vyhrazení určitých pozic (zde při zÚSC) toliko pro své státní příslušníky, s odůvodněním, že pro zajištění ochrany cíle je to *nezbytné*. Existenci hodnot dostatečně zásadních pro to, aby oprávnily stát k omezení určitých základních práv, tedy můžeme brát za nespornou skutečnost. Tímto prohlášením se však teprve dostáváme k tomu, co je skutečně klíčové a to sice k tomu, zda by tyto cíle, v případě neumožnění výhrady dle čl. 5 směrnice, byly *reálně* ohroženy. Jestliže totiž ne, pak je takováto výhrada jen stěží označitelná za *nezbytnou* (pro jejich ochranu) a její umožnění za legitimní. Právě důvodné pochybnosti stran toho, že by se určité základní hodnoty státu, v důsledku absence čl. 5 S94/80 v unijním právu, ocitly v situaci skutečného ohrožení, pak vedou autora k závěru, že ani tento náhled na řešenou problematiku nevyznívá ve prospěch legitimacy rozebíraného ustanovení.

Co je přitom základem oněch „důvodných pochybností“? Jednak je to skutečnost, která byla zmíněna již v kapitole předcházející, a to sice, že u funkcí při zÚSC nelze obecně předpokládat výskyt významnějších pravomocí (takové lze očekávat až na úrovni republikové/centrální⁴⁵). To znamená, že ze strany osob vykonávajících tyto funkce nehrozí víceméně ani teoretická možnost, že by ohrozily některou z nejvýznamnějších hodnot státu, neboť k tomu jednoduše nemají ty potřebné prostředky. Tím spíše pak

⁴¹ *Spanish constitution* [online]. SENADO DE ESPAÑA, 2008 [cit. 2011-02-25]. Dostupné z: <http://www.senado.es/constitu_i/indices/consti_ing.pdf>. (čl. 2).

⁴² *The Constitution of the Republic of Poland* [online]. SEJM RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ, 2007 [cit. 2011-02-25]- Dostupné z: <<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>>. (hlava I., čl. 3).

⁴³ ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, v aktuálním znění. (hlava I., čl. 1, odst. 1).

⁴⁴ respektive, aby v souvislosti s tím porušil zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti.

⁴⁵ na tomto místě akcentujme, že na úrovni EU je občanům Unie přiznáváno pouze komunální volební právo, tedy toliko právo volit a být volen do zÚSC. U vyšších úrovní je jen na daném čl. státu, zda občanům Unie, odlišným od jeho státních příslušníků, toto právo přizná. To mj. značí, že by odstranění „směrnice výhrady“ z práva EU, současně neznamenalo i otevření cesty těmto „cizincům“ do „centrálních funkcí“ státu, kdy by již obavy státu mohly být (za určitých okolností) důvodné.

samozřejmě absentuje hrozba reálná. Řečené je pak navíc umocněno druhou skutečností, rovněž již zmiňovanou, a to sice tou, že při stanovení podmínky určité doby pobytu (na území zÚSC), respektive při jejím splnění, je důvodné předpokládat, že si EU-cizinec vytvoří k místu svého bydliště určité pouto, v jehož důsledku u něj nebude riziko zneužití (těchto „méně významných“) pravomocí vyšší, než u občanů daného státu. Řečeno jinými slovy, EU-cizinec v pozici kupř. starosty obce, nejenže nemá *jak* ohrozit odkazované hodnoty, ale pakliže navíc bude (muset) v dané obci před svým zvolením do funkce X let žít, pak nebude mít ani důvod *proč* by tyto chtěl ohrozit. Jestliže přitom chybí *proč*⁴⁶ a především *jak*, pak nelze hovořit o tom, že by základní hodnoty byly, při absenci „směrníkové výhrady“, reálně ohroženy, ergo již z těchto důvodů není její umožnění možno považovat za legitimní. Vedle těchto stěžejních argumentů však lze uvést i další, podpůrný, který rovněž dokazuje zbytnost, tedy opak požadovaného rysu, předmětné výhrady. O jaký se jedná, vyplýne následující úvahy.

Představme si situaci, kdy žádné komunální volební právo pro občany EU neexistuje. Do volených pozic se tedy mohou dostat toliko státní příslušníci daného státu. Znamená to, že v důsledku této skutečnosti, nemohou být svěřené pravomoci, ať již jsou jakékoliv, zneužity? Nepochybně neznamená. Z tohoto důvodu národní právní řády vždy zahrnují určité kontrolní mechanismy, které umožňují zasáhnout proti „škodlivému jednání“ určitých osob⁴⁷ a to bez ohledu na jejich státní příslušnost. Pokud by snad nastala situace, že všechny volené funkce při určitém základním ÚSC budou obsazeny jen a pouze EU-cizinci, pak budou mít logicky význam především ty mechanismy, které působí shora – od centrálních orgánů, či vyšších ÚSC – nad to je zřejmé, že závažnější poškozující jednání ze strany funkcionářů ÚSC bude v čl. státech, s vysokou mírou pravděpodobnosti, podléhat i trestnímu právu – např. jako zneužití pravomocí. Vedle této perspektivy, však dodejme i to, že v mnohých čl. státech je působení EU-cizinců ve volených funkcích při zÚSC otázkou spíše několika mála jedinců, než větší skupiny, ve světle čehož pak mají význam i mechanismy fungující v rámci dané samosprávné jednotky. Co má autor na mysli, si demonstrováme na krátkém příkladu z českého právního prostředí. Shora bylo naznačeno, že v případě ČR by čl. 5, odst. 3, pododst. 3 směrnice 94/80 umožňoval „rezervovat“ pozici starosty a místostarosty obce (vedle jejich funkce jako takové vystupují zásadně také jako čelní představitelé rady obce, a figurují i v úřadu obce – výkonné orgány) pouze pro občany ČR, což také právní řád skrze ustanovení §103, odst. 2 zákona 128/2000, o obcích, činí – „*Starosta a místostarosta musí být občanem*

⁴⁶ rozuměj „proč by EU-cizinec chtěl ohrozit stát pobytu více, než by to mohl chtít učinit občan tohoto státu“.

⁴⁷ v určitých funkcích.

České republiky“⁴⁸. Jestliže ale vyjdeme z řečeného, totiž že i ČR patří mezi státy, kde výskyt EU-cizinců v zastupitelstvech obcí je věcí spíše jednotlivců, než záležitostí skupinovou a současně zdůrazníme, že zastupitelstvo obce disponuje pravomocí volit a *odvolávat* starostu, místostarostu(y) a další členy rady obce⁴⁹, pak lze o nezbytnosti a přiměřenosti, respektive o legitimitě, výhrady, učiněné Českou republikou, důvodně pochybovat. Konečně tyto pochybnosti sdílí i Josef Vedral, který v souladu s výše uvedenými argumenty, v komentáři k zákonu o obcích, stran této výhrady uvádí „*zřejmě (by) bylo poněkud obtížné tento zákonný požadavek (státního občanství) odůvodnit legitimním účelem [...], starosta i místostarosta zřejmě nevykonávají takové pravomoci, u nichž by bylo nezbytné trvat na požadavku státního občanství*“⁵⁰.

Pro zajímavost ještě doplníme i komentář k situaci, kdy by snad náhodou bylo zastupitelstvo obce ČR skutečně tvořeno většinou, popřípadě výhradně, EU-cizinci. Za takové konstelace, při existenci řečené výhrady, totiž může být velmi složité, až nemožné zvolit starostu obce⁵¹, což v konečném důsledku může vést až k významnému prodloužení funkčního období dosavadního starosty, který má, dle současné právní úpravy, vykonávat pravomoci starosty až do okamžiku zvolení svého nástupce, respektive do okamžiku zvolení místostarosty^{52 53}.

Po uvedení předchozích řádků je vhodné provést stručnou rekapitulaci řečeného, respektive je na čase dát jasnou odpověď na to, zda úvodem kapitoly citované ustanovení (čl. 5, odst. 3, pododst. 3 směrnice) může být oním hledaným zdrojem legitimacy pro umožnění výhrady, která je předmětem našeho zájmu. Shrňme-li skutečnosti svědčící pro a proti uznání dané pasáže za takovýto zdroj, pak je výsledek poměrně jednoznačný. Ve prospěch výhrady svědčí to, že obecně opravdu existují hodnoty, jež za určitých podmínek (zpravidla mj. když stejného výsledku nelze dosáhnout jinak) opravňují stát, aby tento, za účelem jejich ochrany, využil i prostředků, jež nejsou běžně přijatelné, neboť jsou např. diskriminační povahy. Proti tomu však stojí hned trojice argumentů, které ve svém souhrnu jsou natolik pádné, že dle názoru autora není objektivně možné přiřknout odkazovanému ustanovení legitimační funkci. Ona trojice

⁴⁸ zákon č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů. (§103, odst. 2).

⁴⁹ Op. cit. 48, §84, odst. 2, písm. m).

⁵⁰ Vedral, J. in VEDRAL, J., VÁŇA, L., BŘEŇ, J. et al. *Zákon o obcích (obecní zřízení) : komentář*. Praha : C.H. Beck, 2008. s. 541.

⁵¹ Op. cit. 50, s. 541.

⁵² viz §107 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů.

⁵³ dle dřívější podoby §107 zákona č. 128/2000 Sb. (viz poznámka pod čarou č. 52) mohla tato situace vést až ke jmenování správce obce Ministerstvem vnitra.

je tvořena (v podrobnostech viz výše) těmito skutečnostmi (a) jednotlivců, v kterékoli z pozic, jež mohou být v současnosti vyhrazeny pro státní příslušníky, nedisponuje takovými pravomocemi, aby mohl dotčené hodnoty, zásadního významu, reálně ohrožit, (b) skrze podmínku doby pobytu lze dosáhnout toho, že riziko zneužití svěřených pravomocí EU-cizincem nebude vyšší, než v případě občana daného státu, a konečně (c) každý stát disponuje určitými mechanismy, které obecně působí proti osobám, které by chtěly tento ohrožit skrze zneužití pravomocí, jimiž ve svých funkcích disponují, a to bez ohledu na státní příslušnost. Ve světle uvedeného shrnutí tak definitivně konstatujeme, že pododst. 3, odst. 3, čl. 5 směrnice 94/80 nelegitimizuje zakotvení možnosti odkazované národní výhrady do unijního práva.

Předtím, než téma třetího pododstavce opustíme jednou pro vždy, tak se na cestě k další kapitole tohoto článku zastavme na moment ještě u jedné části dotčeného ustanovení a to sice u fráze, že výhrada dle řečeného bodu směrnice musí být „v souladu se Smlouvou“. Ta (SFEU) přitom konstatuje „tato úprava (rozuměj podrobná úprava přijatá Radou, tzn. právo sekundární – S94/80) může stanovit výjimky tam, kde je to odůvodněno zvláštními obtížemi některého členského státu“⁵⁴. To tedy znamená, že zařazení možnosti učinit předmětnou národní výhradu, do práva EU, lze akceptovat jen tehdy, pokud toto má představovat poskytnutí prostředku čl. státům k zabránění vzniku „zvláštních obtíží“. Na tomto místě je však autor nucen přiznat, že na otázku, co konkrétně má tento termín zahrnovat, nezná odpověď. Sám pojem, vzhledem ke své obecnosti, nepředstavuje, při hledání kýženého vysvětlení, dostatečnou nápovědu a rovněž dostupná literatura⁵⁵ stran tohoto bodu mlčí. Z logiky věci je přitom zřejmé, že za „zvláštní obtíže“ nelze jistě označit např. nárůst nákladů členského státu na pořádání voleb, neboť čistě ekonomické důvody nemohou být v žádném případě chápány jako dostatečná záminka pro omezení tak zásadního práva občanů EU, jakým volební právo bezesporu je. Rovněž výše rozebíraná možnost reálného ohrožení určitých základních hodnot státu není dle autora tím, co by se hodilo označit souslovím „zvláštní obtíže“. Konečně kdyby snad dotčená možnost přesto měla být náplní řečeného termínu, tak by v duchu výše uvedených řádků bylo nutno konstatovat, že při případném obsazení vyhraditelných postů EU-cizinci „zvláštní obtíže“ nevznikají, ergo umožnění „směrnice výhrady“ by za této konstelace bylo nutno považovat za rozporné s primárním právem EU. Jak vidno obsah dotčeného pojmu je skutečně nejasný a jeho zpřesnění zřejmě přinese až výklad poskytnutý ESD. Na otázku „má zakomponování analyzované výhrady do

⁵⁴ Smlouva o fungování Evropské unie, 12008E/TXT, Úřední věstník C 115 ze dne 9. května 2008, ve znění Lisabonské smlouvy. (čl. 22, odst. 1).

⁵⁵ např. komentář k Lisabonské smlouvě (SYLLOVÁ, J., PÍTROVÁ, L., PALDUSOVÁ, H. a kol. *Lisabonská smlouva : komentář*. Praha : C. H. Beck, 2010. str. 257) sice konstatuje, že čl. 22, odst. 1 SFEU zahrnuje i sousloví „zvláštní obtíže“, nicméně samotným obsahem tohoto pojmu se již autorský kolektiv nezabývá.

unijního práva oporu v poslední větě prvního odstavce čl. 22 SFEU?“ tak bude možno zřetelněji odpovědět až poté, co tento soudní orgán vynese kýžené rozhodnutí.

Na závěr této kapitoly pak představme v krátkosti ještě jednu skutečnost, která nesouvisí již přímo s výše rozebíraným ustanovením (třetí pododstavec), ale samotné výhrady se dotýká. Stejně jako argumenty předcházející přitom i tato brojí proti analyzované výhradě. Dotčenou skutečností je pak prvek, který s určitou mírou nadsázky lze zařadit mezi odkazované bezpečnostní mechanismy národních právních řádů, avšak na rozdíl od řady jiných je třeba v jeho případě přiznat, že tento je v praxi záležitostí spíše formální, což je také důvodem tomu, že je autorem uváděn až zcela na závěr. Skutečností, o níž autor hovoří, není nic jiného, než složení slibu, spojeného s výkonem dané funkce. Konkrétní znění slibu se samozřejmě napříč Evropskou unií liší, nicméně jeho základním tématem je obecně závazek zvolené osoby jednat ve prospěch daného samosprávného celku, v souladu s ústavou a zákony předmětného členského státu. Jinými slovy, jakkoliv zvolená osoba může být občanem jiného čl. státu, tak při výkonu svěřené funkce jsou to jen a jen zájmy dotčeného ÚSC (a v obecné rovině tedy i daného státu), které musí mít na mysli v řadě první. V čistě teoretické rovině pak i z tohoto argumentu vyplývá, že vyhrazení určitých pozic pouze pro státní příslušníky toho kterého čl. státu, postrádá legitimní základ. Je to však praxe a nikoliv teorie, která vždy byla a vždy bude tím, co je třeba posuzovat primárně, proto jakkoliv je uvedený myšlenkový postup formálně akceptovatelný, tak z hlediska praxe je mu možné přiznat, ve vztahu k argumentům výše uvedeným, toliko funkci podpůrnou.

5. ARGUMENTY V. SKUTEČNOST? PROČ?

Shrňme-li, z perspektivy rozebírané výhrady, autorovu dosavadní argumentaci, pak lze dojít pouze k jedinému závěru a to, že řečená výhrada by neměla mít v unijním právu své místo. Jenže právě ono „by“ napovídá, že realita je jiná a konsekventně tak evokuje přirozeně se nabízející otázku, proč tomu tedy tak není? Proč Unie, respektive de facto její členské státy, tuto možnost do práva EU začlenily? Dle autorova mínění jsou zde především dva důvody zapříčiňující to, že realita je taková, jaká je. Oba přitom vyplývají z vůbec nejzákladnějšího rysu evropské integrace, který zní – politika, politika, politika. Jinými slovy, přestože je možné dlouze hovořit o vznešenosti myšlenky evropské jednoty, tak za každým sebemenším integračním krokem přirozeně stojí dlouhodobé politické vyjednávání, dílčí ústupky členských států, politický nátlak a řada dalších relevantních vlivů. Jakkoliv tedy mohou být závěry učiněné autorem, v tomto článku, pravdivé, a tento připouští, že čtenář samozřejmě může mít na celou problematiku názor odlišný, neznamená to automaticky i to, že státy budou tuto pravdu reflektovat a na základě ní i jednat, neboť jejich (politický) pohled na věc, se může od této „pravdy“ mnohdy výrazně odlišovat. Jak autor přitom naznačil, v daném případě se nabízejí především

dvě „politické skutečnosti“, u kterých lze mít důvodně za to, že zapříčinily začlenění předmětné výhrady do směrnice 94/80.

Postupující integrace s sebou přináší jak jevy kladné, tak ale i záporné. Jedním ze záporných jevů, který možná není tím nejvýznamnějším, avšak který občané jednotlivých členských států vnímají velmi intenzivně, je určitá ztráta národní identity. V době, kdy na slovo globalizace lze narazit prakticky všude, není přitom jejich citlivost na toto téma až tak překvapující, nepochopitelná. Skutečnost, že občané tomuto tématu přikládají značnou váhu, pak mají na vědomí samozřejmě i čl. státy, respektive jejich politici, kteří jistě nemají, z důvodu vlastní politické existence, zájem jít proti vůli svých voličů tam, kde lze volit jinou, méně kontroverzní, cestu. Jinými slovy, vezmeme-li v úvahu řečenou náladu stran národní identity a současně i to, že např. v ČR vyhrazená pozice starosty (místostarosty) je v souvislosti s obcí funkcí nejvíce viditelnou, řekněme čelní, pak její „rezervace“ toliko pro státní příslušníky může být ze strany voličů vnímána jako krok podporující zachování předmětné identity, zatímco její uvolnění pro všechny občany EU by si tyto mohli interpretovat naopak jako čin jí ohrožující, a to přesto, že v realitě tomu tak vůbec být nemusí. Který z těchto pocitů si pak politici přejí u svých voličů vzbuzovat, není patrně příliš složité odhadnout. Jelikož se přitom jednotlivé členské státy, z hlediska těchto vlasteneckých nálad, nijak dramaticky neliší, tak zakotvení řešené výhrady do práva EU je možno chápat jako určitý kompromis mezi snahou členských států (politiků) vypadat dostatečně vlastenecky z hlediska vnitrostátního a současně i „pro-evropsky“, neboť úplné odepření volebního práva by ve sjednocující se Evropě mohlo vypadat až příliš „proti-integračně“. V této souvislosti nelze nezmínit lidové pořekadlo, které tento stav velmi pregnantně vystihuje – „Vlk (nutnost vypadat pro-evropsky) se nažral a koza (přízeň občanů vůči politikům) zůstala celá“. Celkově vzato tedy můžeme za první důvod začlenění národní výhrady do směrnice 94/80, označit snahu politiků „nepoštvat“ si proti sobě své „národní voliče“, když přitom za malý prohřešek proti evropské integraci mohou nastoupit cestu, při které mají naopak šanci určité body u svých voličů získat. Z hlediska politiků a jejich profesního života je toto pochopitelné, stejně jako je pochopitelný i zájem občanů na zachování národní identity, ovšem nahlíženo čistě pod úhlem legitimacy zde spíše než cokoliv jiného platí ono Machiavelliovské „účel světi prostředky“.

Podíváme-li se nyní na druhou z možných skutečností odůvodňujících existenci rozebírané výhrady, pak můžeme konstatovat, že má s prvně představenou společný základ – neochotu národních politiků. Zatímco však v případě prvního z důvodů pramenila tato nevěle ze snahy nepřijít o svůj mocenský post, tak v případě druhém, je odpor politiků dán jejich snahou nezavdat příčinu k dalšímu „okleštění“ jejich (národních) pravomocí a přirozeně i nezájmem vytvářet více vnitrostátně-konkurenční politické prostředí, než jaké již existuje. Co tím má autor na mysli? Jedná se o to, že v naprosto obecné rovině lze přiznání komunálního volebního práva EU-

cizincům vnímat jako sice dílčí, avšak z hlediska významu relativně intenzivní, krok na cestě evropské integrace, po jehož učinění, respektive dokončení, ve smyslu umožnění EU-cizincům dosáhnout *veškerých* volených funkcí, se přirozeně nabízí otázka – proč neudělat další? Proč nepřiznat volební právo i ve vztahu k vyšším ÚSC a proč ne ve vztahu k postům centrálním? Konečně proč nevytvořit Spojené státy Evropské^{56, 57}? Samozřejmě politici dobře vědí, že učinění každého z naznačených kroků by trvalo ještě řadu let, či spíše dost možná desítek let a autor se rovněž nesnaží tvrdit, že se od řešení otázky umožnění národní výhrady (dle S94/80) přímo odvíjí případný vznik SSE, to nepochybně nikoliv. Zároveň se však tento domnívá, že zpřístupnění veškerých politických funkcí všem občanům EU, byť na té nejnižší úrovni, je z množiny práv těmto subjektům dosud přiznaných dost možná nejvíce sjednocujícím, neboť se koneckonců jedná o možnost participovat na fungování „cizího“⁵⁸ státu. Konsekventně má tak autor za to, že se napříč národními politickými scénami najde dostatek politiků, kteří si v souvislosti s naznačenou posloupností položí, respektive již položili, prostou otázku – „proč zbytečně riskovat urychlení celého procesu?“⁵⁹, respektive „proč přizívat pravděpodobnost, že SSE nezůstanou pouze teoretickým pojmem?“. Možná si též položí(ili) otázku – „proč riskovat, že nám při obhajobě našich pozic budou za „pár let“ konkurovat i občané jiných členských států?“. V souhrnu těchto otázek si pak tito politici dost možná položili i tu neklíčovější – „nelze komunální volební právo občanů EU nějak přijatelně omezit?“. Zda si tuto otázku(y) politici skutečně položili, nebo bylo motivací jejich jednání něco jiného, není možné jednoznačně říci, avšak autor považuje míru pravděpodobnosti, že takovýto, případně velice obdobný, myšlenkový pochod mohl v hlavách národních politiků proběhnout, za tak vysokou, že v jejím světle následně lze zájem politiků neurychlovat přespříliš evropskou integraci a nevytvářet více konkurenční (politické) prostředí, důvodně označit za druhou z rozebíraných příčin existence „směrnicové výhrady“. Třetí odstavec pátého článku směrnice (94/80) totiž představuje odpověď na otázku, jež byla uvedena jen o několik řádků výše – „nelze komunální volební právo...“.

⁵⁶ koneckonců s tímto termínem přišel již Winston Churchill a to ve svém projevu pronášeném na univerzitě v Curychu dne 19. září 1946 – viz *Spojené státy evropské* [online]. EUROSOP, Změněno stránky neuvádějí [cit. 2011-02-27]. Dostupné z: <<http://www.euroskop.cz/8613/10951/clanek/spojene-staty-evropske>>.

⁵⁷ dále též SSE.

⁵⁸ v rámci množiny členských států.

⁵⁹ vždyť každý integrační krok (tím spíše tak zásadní jakým by byl vznik SSE) zpravidla znamená transfer dalších pravomocí z čl. státu na nadnárodní úroveň, tedy Unii, jinými slovy zásadně představuje další omezení pravomocí, jimiž disponuje členský stát, respektive národní politici.

Abychom se však v rámci této kapitoly nezaobírali jen a pouze politickými skutečnostmi, doplníme jejím závěrem ještě i argument právní, který, čistě z pohledu *mezinárodního práva veřejného*, lze označit za svědčící ve prospěch analyzované výhrady. Avizovaný argument přitom vychází z kombinace dvou koncepcí, tezí. První je „učení“ Georga Jellinka, jenž vymezil stát jako subjekt tvořený trojicí prvků – státním územím, obyvatelstvem a státní mocí⁶⁰. Druhou tezi představuje nahlížení státu jako státu národního, tzn. suverenita je v tomto případě odvozována od národa, který tak v Jellinkově „trojčlence“ nahrazuje prvek obyvatelstva. Jakýkoliv nátlak na stát, aby umožnil výkon (prvku) veřejné moci i skrze jiné osoby, než pouze příslušníky „svého národa“ (rozuměj „své občany“) je pak na pozadí těchto koncepcí možné vnímat jako nepřijatelnou snahu omezit (mezinárodněprávní) pojem „stát“. V tomto světle pak lze výhradu dle čl. 5 směrnice 94/80 vnímat jako prostředek sloužící alespoň ke zmírnění zásahu do obsahu předmětného pojmu za situace, kdy okolnosti⁶¹ jistou míru jeho omezení nevyhnutelně přinášejí. Z této perspektivy by zařazení odst. 3, čl. 5 S94/80 do unijního práva, bylo možné považovat za legitimní. Tento myšlenkový postup není sám o sobě nesprávný, avšak v kontextu práva EU má zřejmou chybu. Celá Evropská unie totiž na omezování států stojí, neboť průvodním jevem nadnárodnosti, jež tvoří samotný základ EU, je přenos určitých pravomocí z čl. států na Unii, tedy omezování (prvku) státní moci ergo pojmu „stát“. Přijetím naznačené myšlenkové konstrukce, tak sice lze získat argument svědčící ve prospěch umožnění předmětné výhrady, ovšem jen za cenu toho, že tento bude současně aplikovatelný i proti samotné myšlence evropské integrace, zhmotněné do podoby nadnárodní organizace (EU). Zaobírat se tímto argumentem blíže, je tak zjevně zbytečné.

6. ZHODNOCENÍ

Komparace okolností a předpokladů, za nichž ESD posvětil uplatnění národní výhrady ve vztahu k určitým pozicím ve VS, se situací panující kolem výhrady dle čl. 5 S94/80, přivedla autora k názoru, že předmětné rozhodnutí nenapomůže k rozptýlení pochybností, které tento, ve vztahu k umožnění dané výhrady, pociťuje. Jinými slovy, snaha po nalezení skutečnosti, jež by odůvodňovala označit krok Unie, v podobě zakotvení možnosti učinit předmětnou výhradu do unijního práva, za legitimní, své naplnění v rozhodnutí sp. zn. 149/79 nenachází. Ani při hledání určité „hodnoty“, v duchu ustanovení čl. 5, odst. 3, pododst. 3 směrnice 94/80 požadujícím *nezbytnost*, *přiměřenost* a *úměrnost* omezení ve vztahu k určitému cíli (rozuměj chráněné hodnotě), jež by byla onou legitimizující skutečností, ve smyslu předchozí věty, nebyl autor tohoto příspěvku

⁶⁰ HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. 2., rozš. vyd. Plzeň : Nakladatelství a vydavatelství Aleš Čeněk, 2009. str. 50.

⁶¹ rozuměj nutnost zpřístupnit určité funkce (volené funkce při zÚSC) všem občanům EU, neboť toto představuje požadavek přinesený další integrační vlnou.

úspěšný. Naopak vedle protiargumentů, které z uvedených autorových snah nakonec vyvstaly – jako např. možnost namísto diskriminující národní výhrady využít „alternativy“ v podobě stanovení požadavku dosažení určité doby pobytu na území daného zÚSC jakožto podmínky pro přiznání volebního práva – vyplynuly, při zkoumání širšího okruhu pramenů, na povrch ještě i další skutečnosti, svědčící rovněž proti připuštění omezení jednoho ze základních práv občanů EU. Jak zmiňovaná existence určitých kontrolních mechanismů v rámci každého z členských států, tak připomínaná povinnost⁶² zvoleného subjektu složit slib zahrnující i závazek jednat ve prospěch daného zÚSC, totiž směřuje ke stejnému cíli jako posuzovaná výhrada (obecně k zajištění bezpečnosti, jednotnosti... státu) ovšem bez diskriminačního přívlastku, který s sebou tato nese. Další analýza předložené materie pak autora zavedla i ke dvěma velmi pravděpodobným politickým okolnostem, které napomáhají k pochopení toho, proč nakonec, i přes (dle autora) absenci legitimního základu, dotčenou výhradu v právu EU nalézáme. Na konci naznačené cesty pak nezbyvá, než na konto analyzované národní výhrady vyslovit závěrečný verdikt. Z předloženého shrnutí jednotlivých částí článku je pak již asi zřejmé, jak tento bude znít.

Umožnit státům činit předmětnou výhradu, bylo, dle názoru autora, od Evropské unie krokem minimálně kontroverzním, postrádajícím víceméně jakýkoliv dostatečně silný argument legitimacy. Důvody politické, mající základ ve faktickém boji o moc, lze sice chápat, avšak je možné je zároveň i akceptovat jako dostačující pro založení možnosti omezit jedno ze základních práv občanů EU? Dle názoru autora nikoliv. Evropská unie představuje produkt, či možná spíše prostředek, skrze který její tvůrci zamýšleli dosáhnout sjednocení „celé“ Evropy. Tito pak, v rámci cesty za tímto cílem, dosáhli mimo jiné de facto vymazání formálních hranic oddělující příslušníky jednotlivých čl. států, avšak tento dílčí (integrační) úspěch nemůže dosáhnout svého maxima, jestliže z hlediska právního budou stále existovat neopodstatněné bariéry rozdělující obyvatele „sjednocené Evropy“ do různých „kategorií“. Vyhrazování volených pozic, na nejnížší úrovni územní samosprávy, pouze pro ty které státní příslušníky, pak lze za takovouto „neopodstatněnou bariéru“, ve světle přečtených řádků, jistě označit. Tedy alespoň potud, pokud bude národními politiky jednotlivých států, respektive Unii samou, nadále hlášáno, ať již pokrytecky, nebo upřímně, že EU stále usiluje o pokračování integračního procesu. V takovém případě je třeba, v duchu naplnění výroku duchovního otce EU (Jeana Moneta) „*nevytváříme koalice států, sjednocujeme lidi*“⁶³, začít měnit slova v činy a odstranit ony „neopodstatněné bariéry“ včetně právě

⁶² kterou konečně také lze chápat jako jakýsi kontrolní mechanismus (v širším slova smyslu).

⁶³ *Evropa občanů* [online]. Změněno 13. 7. 2010 [cit. 2011-03-02]. Dostupné z: <http://europa.eu/abc/12lessons/lesson_9/index_cs.htm>.

možnosti výhrady dle čl. 5, odst. 3 směrnice 94/80. Jestli však bude skutečně alespoň tato dílčí bariéra z unijního práva odstraněna, je již otázkou, na niž může odpovědět až budoucnost.

Literature:

1. Monografie a časopisecké články⁶⁴

- a. BALÍK, S. *Komunální politika : obce, aktéři a cíle místní politiky*. Praha : Grada, 2009.
- b. HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. 2., rozš. vyd. Plzeň : Nakladatelství a vydavatelství Aleš Čeněk, 2009.
- c. SYLLOVÁ, J., PÍTROVÁ, L., PALDUSOVÁ, H. a kol. *Lisabonská smlouva : komentář*. Praha : C. H. Beck, 2010.
- d. TICHÝ, L., ARNOLD, R., ZEMÁNEK, J. et al. *Evropské právo*. 4. vyd. Praha : C. H. Beck, 2011.
- e. VEDRAL, J., VÁŇA, L., BŘEŇ, J. et al. *Zákon o obcích (obecní zřízení) : komentář*. Praha : C.H. Beck, 2008.

2. Elektronické prameny⁶⁵

- a. *Electoral rights of EU citizens* [online]. EUROPEAN COMMISSION, 2010 [cit. 2011-02-23]. Dostupné z:<http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_292_en.pdf>.
- b. *Spanish constitution* [online]. SENADO DE ESPAÑA, 2008 [cit. 2011-02-25]. Dostupné z:<http://www.senado.es/constitu_i/indices/consti_ing.pdf>.
- c. *Spojené státy evropské* [online]. EUROSOP, Změněno stránky neuvádějí [cit. 2011-02-27]. Dostupné z:<<http://www.eurosop.cz/8613/10951/clanek/spojene-staty-evropske>>.
- d. *The Constitution of the Republic of Poland* [online]. SEJM RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ, 2007 [cit. 2011-02-25]. Dostupné z:<<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>>.
- e. *Volný pohyb osob* [online]. MPSV, 2009 [cit. 2011-02-23]. Dostupné z:<<http://www.mpsv.cz/cs/1280>>.

⁶⁴ publikace řazeny abecedně dle příjmení (prvního) autora.

⁶⁵ prameny jsou primárně tříděny dle druhu citace a sekundárně dle abecedy.

- f. *Evropa občanů* [online]. Změněno 13. 7. 2010 [cit. 2011-03-02]. Dostupné z:<http://europa.eu/abc/12lessons/lesson_9/index_cs.htm>.

3. Judikatura Evropského soudního dvora⁶⁶

- a. Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. 2. 1963, sp. zn. 26/62. *Van Gend en Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*.
- b. Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 17. 12. 1980, sp. zn. 149/79. *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*.

4. Právní předpisy⁶⁷

- a. Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, v aktuálním znění.
- b. Směrnice Rady 94/80/ES ze dne 19. prosince 1994, kterou se stanoví pravidla pro výkon práva volit a práva být volen v obecních volbách pro občany Unie s bydlištěm v členském státě, jehož nejsou státními příslušníky, 31994L0080, Úřední věstník L 368 ze dne 31. prosince 1994.
- c. Zákon č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů.
- d. Smlouva o Evropské unii, 11992M/TXT, české znění obsaženo ve sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 44/2004 Sb.m.s. publikovaném dne 28. dubna 2004, v původním znění.
- e. Smlouva o založení Evropského hospodářského společenství, 11957E, české znění obsaženo ve sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 44/2004 Sb.m.s. publikovaném dne 28. dubna 2004, v původním znění.
- f. Listina základních práv Evropské unie, 12007P/TXT, Úřední věstník C 303 ze dne 14. prosince 2007, v aktuálním znění.
- g. Smlouva o fungování Evropské unie, 12008E/TXT, Úřední věstník C 115 ze dne 9. května 2008, ve znění Lisabonské smlouvy.

⁶⁶ řazeno dle data rozhodnutí.

⁶⁷ řazeno dle data publikace.

Contact – email

182667@mail.muni.cz

PARTICIPACE VYBRANÝCH SUBJEKTŮ ZÁJMOVÉ SAMOSPRÁVY NA SPRÁVĚ VEŘEJNÉHO MAJETKU

DAGMAR STREJČKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Článek se zabývá hospodařením vybraných subjektů zájmové samosprávy s veřejným majetkem. Po vymezení veřejného majetku, právní úpravy a postavení univerzit a profesních komor jako veřejnoprávních korporací, které vlastní majetek a hospodaří podle vlastního rozpočtu, je pozornost věnována zejména některým majetkoprávním specifikům hospodaření s veřejným majetkem. Ačkoliv by těžiště právní úpravy hospodaření s majetkem vybraných subjektů zájmové samosprávy mělo spočívat ve vnitřních předpisech, normotvorba je v této oblasti značně nedostatečná.

Key words in original language

Veřejný majetek, zájmová samospráva, profesní komory, vysoká škola, veřejnoprávní korporace.

Abstract

The paper deals with public property management of selected persons of self-governing interest groups. Attention will be given to the specification of public property, legislation and legal status of universities and several professional chambers that own property and manage their own budget, and to specifics of legislation in the area of assets. Although the focus of regulation of property management of selected persons of the self-governing interest groups should lie in the internal regulations, lawmaking in this area remains insufficient.

Key words

Public property, self-governance of an interest group, professional chambers, university, public corporation.

1. ÚVOD

Pojem samosprávy je již delší dobu předmětem zájmu právních i správních teoretiků. Tento pojem je v právní nauce obvykle definován různým způsobem, který s sebou většinou přináší členění na samosprávu územní, zájmovou a ostatní. Těmto složkám však není věnována srovnatelná pozornost v odborné literatuře. Stále významně převažuje pozornost soustředěná na územní samosprávu vykonávanou územními samosprávnými celky. Příspěvky, které se zabývají samosprávou zájmovou, mají v současné

době spíše fragmentární podobu. Ačkoliv tato situace odpovídá obecně širšímu dosahu a relevanci územní samosprávy, máme zato, že rovněž samospráva vykonávaná jinými subjekty než obcemi a kraji tvoří zajímavou a nikoliv zanedbatelnou oblast uplatňování veřejné správy.¹

Příspěvek se zabývá nejen stručným vymezením subjektů, které vykonávají zájmovou samosprávu, ale rovněž otázkám hospodaření a nakládání s jejich majetkem. Pro úplnost je stručně charakterizován rovněž veřejný majetek a veřejné vlastnictví.

2. VEŘEJNÉ VLASTNICTVÍ A VEŘEJNÝ MAJETEK

Předmětem tohoto článku je hospodaření s majetkem subjektů zájmové samosprávy, které vystupují jako veřejnoprávní korporace. Vzhledem k tomu, že tyto subjekty hospodaří s veřejným majetkem, je nezbytné tento pojem blíže vymežit.

Veřejným vlastnictvím obecně chápeme vlastnictví subjektů veřejné povahy. Může se jednat o stát, územní samosprávný celek, subjekt zájmové samosprávy, jinou veřejnoprávní korporaci aj. P. Havlan tento subjekt veřejné správy označuje jako právnickou osobu veřejného práva, resp. obecně „veřejný subjekt“.² Předmětem veřejného vlastnictví je věc určená k veřejným účelům. I u veřejného vlastnictví je však nutné zmínit podstatný předpoklad, kterým je to, zda příslušný subjekt má postavení vlastnický způsobilé právnické osoby a dále samozřejmě předpoklad toho, že sama věc může být předmětem vlastnického práva.³

Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, neobsahuje, vyjma ustanovení čl. 101 odst. 3,⁴ o vlastnictví veřejných subjektů výslovnou zmínku. Majetkoprávní problematiky se v rámci ústavního pořádku týká pouze ustanovení čl. 11 Usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky. Ve vztahu k veřejnému majetku vystupuje jeho odstavec druhý, dle kterého „*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 osob; zákon může také stanovit, že určité věci mohou být pouze ve vlastnictví občanů nebo*

¹ Sládeček, V.: O (neúzemní) samosprávě. In Jirásková, V., Suchánek, R. (eds.). Pocta Prof. JUDr. Václavu Pavlíčkovi, CSc. k 70. narozeninám, Praha: Linde Praha, a.s., 2004, s. 522, ISBN 80-7201-487-0.

² Blíže viz Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 28-43, ISBN 978-80-7179-617-6.

³ Havlan, P.: Veřejný majetek, Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 10, ISBN 978-80-210-4742-6.

⁴ Ustanovení čl. 101 odst. 3 Ústavy České republiky uvádí však pouze možnost územních samosprávných celků mít vlastní majetek a hospodařit podle vlastního rozpočtu. Zmínka o hospodaření s majetkem státu je uvedena pouze v souvislosti s kontrolní činností Nejvyššího kontrolního úřadu v čl. 97 odst. 1.

*právníckých osob se sídlem v České a Slovenské Federativní Republice.*⁵ Ačkoliv dikce ustanovení před středníkem neužívá možnosti zákona stanovit, ale přímo uvádí, že „zákon stanoví“, byla právní úprava, která by se dala shora citovanému ustanovení podřadit, přijata jen v několika málo případech.⁶ V této souvislosti lze zmínit např. zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších změn a doplňků, dle kterého vlastníkem dálnic a silnic I. třídy je stát, vlastníkem silnic II. a III. třídy je kraj, na jehož území se silnice nacházejí, a vlastníkem místních komunikací je obec, na jejímž území se místní komunikace nacházejí (ustanovení § 9 odst. 1 cit. zákona). Dále je to např. zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky, ve znění pozdějších předpisů, který v ustanovení § 31 odst. 1 uvádí, že majetek na území vojenského újezdu, s výjimkou majetku tam vneseného, smí být jen ve vlastnictví státu. Připomenout je možné i ustanovení § 5 zákona č. 44/1988 Sb., o ochraně a využití nerostného bohatství (horní zákon) ve znění pozdějších změn a doplňků, podle kterého je výhradním vlastnictvím státu nerostné bohatství, resp. ložiska vyhrazených nerostů. Je však třeba zdůraznit, že zákon, který by naplňoval výslovný předpoklad zmíněné ústavní úpravy, doposud vydán nebyl.⁷ Dle P. Havlana je příčinou tohoto zjevně nekoncepčního stavu ode dne 1. ledna 1993 chybějící ústavní úprava výhradního, obligatorního vlastnictví státu, popřípadě jiných veřejných subjektů. Současně poukazuje na tu skutečnost, že ačkoliv se připouští jistá legitimita názoru, že výhrada vlastnictví státu (ale i jiných veřejných subjektů) není do budoucna nutná,⁸ lze předpokládat, že právní realita bude nakonec jiná a dojde k přijetí politicko-legislativního rozhodnutí vyhradit státu (popřípadě dalším veřejným subjektům) vlastnictví k určitým věcem.⁹

⁵ V této souvislosti je rovněž vhodné poukázat na ustanovení § 125 odst. 2 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších změn a doplňků, podle kterého „*zvláštní zákon stanoví, které věci mohou být předmětem vlastnictví pouze státu nebo určených právníckých osob.*“

⁶ Havlan, P.: Veřejný majetek, Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 13-14, ISBN 978-80-210-4742-6.

Podobně srov. Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 129-130, ISBN 978-80-7179-617-6.

⁷ Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 130-131, ISBN 978-80-7179-617-6.

⁸ Poukazuje se zejména na to, že veřejný zájem lze prosadit a ochránit efektivně i jiným způsobem.

⁹ Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 131, ISBN 978-80-7179-617-6.

3. SUBJEKTY ZÁJMOVÉ SAMOSPRÁVY

Zájmová samospráva je součástí veřejné správy. Tento typ samosprávy byl v minulosti představován různými komorami a společenstvy. V současné době se zájmová samospráva stále koncipuje a ve veřejné správě zastává důležité místo.¹⁰ V literatuře se lze setkat s označením tohoto typu samosprávných subjektů jako samosprávou zájmovou a profesní, přičemž používání těchto pojmů je nejednotné. Někteří autoři vnímají profesní samosprávu jako samosprávu profesních komor a zájmovou samosprávu, která tvoří širší pojem. Zahrnuje rovněž samosprávu vysokoškolskou. Výstižnou charakteristikou by mohlo být vymezení negativní, při kterém by tento typ samosprávných subjektů mohl být označen jako samospráva neúzemní.

Lze rovněž dovodit specifické rysy, které zájmovou samosprávu odlišují od samosprávy územní. Jedná se jednak o jistou „exkluzivitu osobního substrátu“ zájmové korporace, jakož i o skutečnost, že členství v zájmové korporaci předpokládá volní jednání uchazeče, tedy určitý formální akt, kterým zájemce žádá o udělení členství. Na rozdíl od tohoto aspektu členství v územní korporaci vzniká bez dalšího na základě naplnění zákonem stanovených podmínek. Další podstatnou odlišností jsou některé další předpoklady nezbytné k získání členství v zájmové korporaci, jako je např. získání určitého vzdělání, vykonání profesních zkoušek nebo absolvování předepsané praxe. Na rozdíl od této podmínky se členem územní samosprávy může stát každý státní občan. Členové komor jsou vázáni nejen právními předpisy, jež upravují činnost dané komory, ale rovněž tzv. stavovskými předpisy, vnitřními předpisy korporace. Neméně důležitým znakem je existence dohledu, resp. kontroly, orgánů komory nad kvalitou výkonu povolání. S tímto aspektem souvisí zejména možnost kárného potrestání za porušení právních nebo stavovských předpisů.¹¹

Vzhledem k tomu, že tyto subjekty vykazují mocenský charakter a jedná se svou povahou o veřejné subjekty, lze tímto adjektivem označit rovněž majetek, se kterým hospodaří. V článku bude pozornost věnována zejména majetkoprávním otázkám profesních komor s povinným členstvím, které tvoří významné představitele zájmové samosprávy.

3.1 PROFESNÍ KOMORY S POVINNÝM ČLENSTVÍM A JEJICH HOSPODAŘENÍ

Profesní komory představují zákonem zřízené právnické osoby, které povinně sdružují osoby určitého povolání. Ačkoliv tyto autonomní

¹⁰ Horzinková, E., Novotný, V. Základy organizace veřejné správy v ČR, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, s. 59, ISBN 978-80-7380-096-3.

¹¹ Sládeček, V.: O (neúzemní) samosprávě. In Pocta prof. JUDr. Václavu Pavlíčkovi, CSc., k 70. narozeninám, Praha: Linde Praha, a.s., 2004, s. 535, ISBN 80-7201-487-0.

samosprávné subjekty nemají ústavní zakotvení, každá profesní komora má svůj zákon, na jehož základě byla zřízena. Vedle těchto „základních“ zákonů je činnost profesních komor upravena i dalšími právními předpisy a zejména jejich předpisy vnitřními, které vznikají v rámci jejich autonomní normotvorby.

Charakteristiku profesních komor s povinným členstvím přinesl judikát Ústavního soudu ze dne 16. 4. 2003, sp. zn. I. ÚS 181/01, následovně: „... jde o problematiku týkající se tzv. zájmové samosprávy, konkrétně profesních komor s povinným členstvím, sdružujících samostatně výdělečné fyzické osoby v určitých povoláních, kde je dán silný veřejný zájem na jejich řádném výkonu. Tyto komory jsou právními osobami veřejného práva, zřizované zákonem, vybavené oprávněním vydávat různé vnitřní předpisy pro komoru a její členy, kteří se jim musí s ohledem na povinné členství podříditi. Komora tak nad těmito členy – příslušníky určitého profesního stavu – vykonává určitá mocenská oprávnění, mezi něž typicky patří právě kárná pravomoc. Tato pravomoc však samozřejmě není bezbřehá, je regulována zákonem a proti rozhodnutí, které členu komory stanoví jakékoli povinnosti, musí být umožněno podat návrh na soudní přezkum.“ Profesní komory jsou dále rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 5. 2005, č.j. 1 As 21/2004-38, charakterizovány jako právnické osoby, jimž zákon svěřil rozhodování o právech a povinnostech fyzických a právnických osob, a jsou tedy správními orgány ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších změn a doplňků (dále jen „s. ř. s.“). Rozhodnutí komor o veřejných subjektivních právech a povinnostech jejich členů proto přezkoumávají soudy ve správním soudnictví v řízení o žalobách podle § 65 a násl. s. ř. s., a nikoliv obecné soudy v civilním řízení soudním. Městský soud v Praze rozsudkem ze dne 2. 4. 2003, sp. zn. 28 Ca 152/2001, vymezuje profesní komoru jako veřejnoprávní korporaci vykonávající veřejnou správu a další činnosti. Vykonává-li veřejnou správu, může ji vykonávat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví (čl. 2 odst. 3 Ústavy České republiky). Povinnosti pak mohou být ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod (čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod). Neodpovídají-li předpisy profesních komor této zásadě, soud je zruší.

V současné době působí na území České republiky jedenáct profesních komor s povinným členstvím. Jedná se o Českou advokátní komoru (zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších změn a doplňků), Českou lékařskou komoru, Českou stomatologickou komoru, Českou lékárnickou komoru (zákon č. 220/1991 Sb., o České lékařské komoře, České stomatologické komoře a České lékárnické komoře, ve znění pozdějších změn a doplňků), Komoru veterinárních lékařů České republiky (zákon č. 381/1991 Sb., o Komoře veterinárních lékařů České republiky, ve znění pozdějších změn a doplňků), Českou komoru architektů, Českou komoru autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě (zákon č. 360/1992

Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších změn a doplňků), Notářskou komoru České republiky (zákon č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti /notářský řád/, ve znění pozdějších změn a doplňků), Komoru daňových poradců České republiky (zákon č. 523/1992 Sb., o daňovém poradenství a Komoře daňových poradců České republiky, ve znění pozdějších změn a doplňků), Komoru patentových zástupců (zákon č. 417/2004 Sb., o patentových zástupcích a o změně zákona o opatřeních na ochranu průmyslového vlastnictví, ve znění pozdějších změn a doplňků), Komoru auditorů České republiky (zákon 93/2009 Sb., o auditorech a změně některých zákonů /zákon o auditorech/, ve znění pozdějších změn a doplňků) a Exekutorskou komoru České republiky (zákon č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti /exekuční řád/, ve znění pozdějších změn a doplňků).

Subjekty zájmové samosprávy mají vlastní majetek a hospodaří podle vlastního rozpočtu. Všechny shora uvedené zákony obsahují určitá pravidla pro hospodaření té které komory, nicméně patrná je jejich značná obecnost, která si vyžaduje konkretizaci ve vnitřních předpisech. Tyto tzv. stavovské předpisy¹² podrobně upravují vnitřní otázky činnosti komory a jejich orgánů. Typickými vnitřními předpisy těchto komor jsou organizační řád, volební řád, kárný řád, zkušební řád apod. Organizační řád upravuje organizační otázky spojené s činností komory a jejich orgánů, které nejsou upraveny zákonem nebo jiným právním předpisem. Volební řád upravuje zejména volbu orgánů komory, volbu funkcionářů komory, případně volbu zástupců komory. Kárný (u některých komor disciplinární) řád upravuje činnost kárné komise, práva a povinnosti účastníků kárného řízení a úkony, které s kárným řízením bezprostředně souvisejí tak, aby byl zjištěn skutkový stav a aby bylo zjištěno správné rozhodnutí ve věci. Zkušební řád stanoví pravidla pro přípravné praxe koncipientů a odborné přípravy dalších pracovníků, upravuje postup a organizaci zkoušek (jako jsou např. notářské, advokátní, exekutorské), kvalifikačních zkoušek a jmenování členů zkušebních komisí.

Lze upozornit na srovnávací studii majetkoprávní charakteristiky, kterou provedli P. Havlan a H. Neumannová v roce 2006, přičemž na profesní komory nahlíželi především jako na subjekty vlastnického práva. Výsledky posouzení shora uvedených autorů dokazují, že ačkoliv by těžiště úpravy hospodaření s majetkem profesních komor mělo spočívat v jejich vnitřních předpisech, autonomní novotvorba komor v této oblasti je dosti nedostatečná.

¹² V literatuře se objevuje označení těchto předpisů také jako tzv. „statutární předpisy“. Srov. Horzinková, E., Novotný, V. *Základy organizace veřejné správy v ČR*, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, s. 62, ISBN 978-80-7380-096-3.

Výše uvedené zákony, kterými byly komory zřízeny, obsahují především vymezení organizace komor a postavení, pravomoc a působnost jednotlivých orgánů. Tyto orgány lze rozdělit na nejvyšší, výkonné, dozorčí a orgány, které rozhodují o disciplinárních deliktech členů komory. Označení nejvyšších orgánů komor není jednotné. Objevuje se valná hromada (Česká komora architektů, Komora daňových poradců ČR), sněm (Česká advokátní komora, Notářská komora ČR, Exekutorská komora ČR, Komora patentových zástupců ČR, Komora auditorů ČR, Komora veterinárních lékařů), sjezd delegátů (Česká lékařská komora, Česká stomatologická komora, Česká lékárnická komora) nebo shromáždění delegátů (Česká komora autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě). Ve vztahu k majetku tyto orgány zpravidla schvalují zprávy o činnosti ostatních orgánů komory, schvalují hospodaření a rozpočet, zřizují fondy a schvalují pravidla jejich tvorby a používání, stanoví výši příspěvku a výši náhrady za ztrátu času spojenou s výkonem funkcí v orgánech. Výkonnými orgány komor jsou představenstvo (Komora veterinárních lékařů, Česká advokátní komora, Komora patentových zástupců ČR, Česká lékařská komora, Česká stomatologická komora, Česká lékárnická komora, Česká komora architektů, Česká komora autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě), prezidium (Notářská komora ČR, Komora daňových poradců ČR, Exekutorská komora ČR) a výkonný výbor (Komora auditorů ČR). Těmto orgánům je obvykle svěřeno rozhodování o hospodaření s finančními prostředky komory a správa jejího majetku. Revizní komise (Komora veterinárních lékařů, Notářská komora ČR, Česká lékařská komora, Česká stomatologická komora, Česká lékárnická komora, Exekutorská komora ČR), kontrolní rada (Česká advokátní komora, dozorčí rada (Česká komora architektů, Česká komora autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě) či dozorčí komise (Komora daňových poradců ČR, Komora auditorů ČR, Komora patentových zástupců ČR) jsou orgány dozorčími, které vykonávají obecně kontrolu činnosti komory, v jejímž rámci dochází i ke kontrole hospodaření s majetkem.

Zákony, jimiž byly komory zřízeny, obsahují pouze obecné vymezení jednotlivých orgánů. Pravidla pro hospodaření s majetkem profesních vyžadují konkretizaci ve vnitřních předpisech. Při analýze vnitřních předpisů, které komory vydávají, lze však konstatovat značnou rozdílnost. V následujícím textu je provedeno srovnání úpravy hospodaření s majetkem veřejných vysokých škol a dvou profesních komor – České advokátní komory a České lékařské komory.

4. SROVNÁNÍ ÚPRAVY HOSPODAŘENÍ VEŘEJNÝCH VYSOKÝCH ŠKOL A VYBRANÝCH SUBJEKTŮ ZÁJMOVÉ SAMOSPRÁVY

Veřejná vysoká škola je některými autory označována jako typická představitelka tzv. akademické samosprávy, a to zejména pro její samosprávné fungování, tedy relativně samostatnou, s odpovědností za

vlastní všestranný rozvoj spojenou činností, která současně respektuje veřejný zájem.¹³ Veřejnou vysokou školu vymezuje zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (dále jen „zákon o vysokých školách“ nebo „ZVŠ“). Hospodaření veřejné vysoké školy a nakládání s majetkem v souladu se zvláštními předpisy je dle ustanovení § 6 odst. 1 písm. k) zákona o vysokých školách činností spadající do samosprávné působnosti veřejné vysoké školy.

Majetek veřejné vysoké školy je v ZVŠ vymezen v ustanovení § 19, z čehož vyplývá rovněž vlastnická způsobilost veřejné vysoké školy. Dle tohoto ustanovení vlastní veřejná vysoká škola majetek potřebný k činnostem, pro které byla zřízena. Citované ustanovení rovněž obsahuje demonstrativní výčet toho, co může být majetkem veřejné vysoké školy. Jedná se o věci, byty a nebytové prostory, práva a jiné majetkové hodnoty. Majetek České lékařské komory tvoří finanční prostředky na bankovních účtech, finanční hotovost, hmotný a nehmotný majetek, pohledávky, závazky a fondy. Zatímco o nakládání s majetkem veřejné vysoké školy rozhoduje rektor nebo orgány nebo osoby, o nichž to stanoví statut veřejné vysoké školy, u Lékařské komory ČR je osobou oprávněnou k nakládání s jejím majetkem statutární zástupce komory, případně zástupci komory či členové představenstva pověřeni představenstvem a písemně k tomu zmocnění stávajícím zástupcem. Česká advokátní komora blíže nespecifikuje věci, které jsou jejím majetkem a rozhodování o nakládání s ním v rámci obvyklého hospodaření svěřuje předsedovi Komory. Předseda je oprávněn přenést pravomoc nakládat s majetkem Komory v rámci obvyklého hospodaření na tajemníka, popřípadě na jiného zaměstnance Komory. Představenstvo je oprávněno upravit nakládání s majetkem Komory v rámci obvyklého hospodaření odchylně.

¹³ Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 221, ISBN 978-80-7179-617-6.

K pojmu „veřejný zájem“ srov. např.:

Průcha, P.: Správní právo. Obecná část, Brno: Masarykova univerzita v Brně a nakladatelství Doplněk, 2004, s. 52-53, ISBN 80-210-3350-9.

Hendrych, D. et al.: Správní právo. Obecná část, Praha: C. H. Beck, 2003, s. 86, ISBN 80-7179-671-9.

Hoetzel, J.: Zájmy veřejné. In Hoetzel, J., Weyr, F. et al.: Slovník veřejného práva československého, Brno: Nakladatelství Rovnost, 1948, s. 577–578.

Goulli, R.: Veřejný zájem: pozitivní přístupy a stručné ekonomické teze. In Malý, I. (ed.): Problémy definování a prosazování veřejného zájmu. Sborník referátů z teoretického semináře pořádaného Katedrou veřejné ekonomie ESF MU v Brně ve spolupráci s Asociací veřejné ekonomie, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1999, s. 10–11, ISBN 80-210-2236-1.

Pomahač, R.: Průvodce veřejnou správou, Praha: ISV nakladatelství, 1999, s. 144, ISBN 80-85866-42-0.

Grospič, J.: Stát a veřejný zájem v konstitucionalistice a ústavním právu. In Jirásková, V. (ed.): Konference 2001. Český stát a vzdělanost, Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 332–335, ISBN 80-246-0491-4.

Podstatný rozdíl lze spatřovat zejména v ustanovení § 9 zákona o vysokých školách, který odkazuje na případy, ve kterých rozhodnutí rektora předchází písemný souhlas správní rady veřejné vysoké školy a dle ustanovení § 9 odst. 2 se k těmto úkonům vyjadřuje rovněž akademický senát veřejné vysoké školy. Souhlas je nezbytný k těmto úkonům:

- k právním úkonům, kterými vysoká škola hodlá nabýt nebo převést nemovité věci,
- k právním úkonům, kterými vysoká škola hodlá nabýt nebo převést movité věci, jejichž cena je vyšší než pětinasobek částky, od níž jsou věci považovány podle zvláštního předpisu za hmotný majetek,¹⁴
- k právním úkonům, kterými vysoká škola hodlá zřídit věcné břemeno nebo předkupní právo,
- k právním úkonům, kterými vysoká škola hodlá založit jinou právnickou osobu, a k peněžitým a nepeněžitým vkladům do těchto a jiných právnických osob.¹⁵

Vydání tohoto předchozího souhlasu je správní rada veřejné vysoké školy povinna oznámit do sedmi dnů od jeho vydání Ministerstvu školství, mládeže a tělovýchovy. Pokud by správní rada souhlas k těmto úkonům neudělila, případně pokud by nedošlo k oznámení ministerstvu, byly by tyto úkony neplatné.¹⁶ Neplatným by zřejmě nebyl tento právní úkon v situaci, kdy by se k němu nevyjádřil akademický senát veřejné vysoké školy.

Za zmínku však stojí rovněž ta skutečnost, že souhlas správní rady není vyžadován u takových úkonů veřejné vysoké školy, jako jsou např. postoupení pohledávky, zřízení zástavního práva (zřízení zástavního práva k nemovitosti je z oprávnění veřejné vysoké školy zcela vyloučeno ustanovením § 20 odst. 3 zákona o vysokých školách), prominutí dluhu, výpůjčky, nájmy (movitých nemovitých věcí) aj. Dle P. Havlana a některých dalších autorů je výběr uvedený v ustanovení § 15 odst. 1 zákona o vysokých školách dosti nahodilý, a to zejména tím, že správní rada sice bude dávat souhlas např. k prodeji nemovité věci bez ohledu na její hodnotu, ale souhlas se již nevyžaduje k např. mnohaleté nájemní smlouvě či smlouvě o výpůjčce, jejímž předmětem může být i nemovitost, a to opět zcela bez ohledu na její hodnotu. Diskutabilní je rovněž ustanovení § 15 odst. 2 písm. b), podle kterého se k rozpočtu správní rada pouze vyjadřuje,

¹⁴ Dle § 26 odst. 2 zákona ČNR č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, se hmotným majetkem rozumí „samostatné movité věci, popřípadě soubory movitých věcí se samostatným technicko-ekonomickým určením, jejichž vstupní cena (§ 29) je vyšší než 40 000 Kč a mají provozně-technické funkce delší než jeden rok.“

¹⁵ Ustanovení § 15 odst. 1 písm. a) až d) zákona o vysokých školách.

¹⁶ Ustanovení § 15 odst. 6 a 7 zákona o vysokých školách.

aniž by mohla jeho obsah ovlivnit.¹⁷ Zakotvení takového mechanismu je u veřejných subjektů žádoucí. Správní rada právní úkon neschválí, pokud by byl v rozporu s požadavkem řádného využívání majetku veřejné vysoké školy nebo jestliže by jím bylo ohroženo plnění úkolů školy (§ 15 odst. 5 cit. zákona). Co se týká jednotlivých právních úkonů, zákon veřejnou vysokou školu příliš neomezuje v tom, jaké právní úkony smí uzavírat. Některé však vyžadují dodržení jistých pravidel, resp. postupu, které jsou upraveny v ustanovení § 15 zákona o vysokých školách.¹⁸ Ustanovení § 20 odst. 3 zákona o vysokých školách obsahuje výčet těch úkonů, které veřejná vysoká škola není oprávněna uzavírat.¹⁹

Česká advokátní komora rozhodování o nakládání s majetkem mimo rámec obvyklého hospodaření svěřuje představenstvu. Tímto nakládáním se dle čl. 64 odst. 2 Usnesení sněmu č. 3/1999 Věstníku ze dne 8.11.1999, kterým se schvaluje organizační řád České advokátní komory, ve znění pozdějších změn a doplňků (dále jen „organizační řád ČAK“), rozumí zejména

- uzavření úvěrové smlouvy nebo smlouvy o půjčce,
- nabytí nebo zcizení podílu na jiné právnické osobě,
- zatížení majetku Komory zástavním nebo jiným obdobným právem,
- nakládání s nemovitým majetkem Komory,
- nakládání s jiným majetkem Komory, jehož hodnota je vyšší než 1 000 000,- Kč.

¹⁷ Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 228, ISBN 978-80-7179-617-6.

¹⁸ Další výjimky jsou uvedeny např. v ustanovení § 19 odst. 3 a § 20 odst. 3 zákona o vysokých školách.

¹⁹ Veřejná vysoká škola není oprávněna k převzetí ručení za peněžitý dluh jiné osoby a ke zřízení zástavního práva k nemovitosti, dále se nemůže stát společníkem veřejné obchodní společnosti nebo komplementářem komanditní společnosti. Veřejná vysoká škola rovněž není oprávněna vkládat do obchodní společnosti nebo družstva nemovité věci nabyté do vlastnictví veřejných vysokých škol z vlastnictví státu, poskytnutý příspěvek podle § 18 odst. 3 a poskytnutou dotaci podle § 18 odst. 4. Podmínkou peněžitých a nepeněžitých vkladů do právnických osob je stanovení pravidel vnitřním předpisem veřejné vysoké školy.

Každé rozhodnutí představenstva o nakládání s majetkem Komory mimo obvyklé hospodaření dá předseda bez odkladu na vědomí předsedovi kontrolní rady. Vhodným se dále jeví rovněž ustanovení čl. 65 organizačního řádu ČAK, dle kterého se toto rozhodnutí v případě, kdy by hodnota majetku nebo závazku Komory byla vyšší než 2 000 000,- Kč, činí na základě výsledků výběrového řízení. Jedná-li se o opakující se plnění, považuje se za hodnotu majetku nebo závazku Komory součet těchto plnění za dobu jednoho kalendářního roku. Hlavním kritériem v případě prodeje majetku Komory na základě výběrového řízení je výše nabídnuté ceny. Podmínky výběrového řízení, popřípadě i způsob jejich uveřejnění, stanoví v každém jednotlivém případě představenstvo. Předseda je dá bez odkladu na vědomí předsedovi kontrolní rady. Česká advokátní komora rovněž pamatuje na případy potenciálně rizikové, ve kterých by mohlo dojít ke střetu zájmu a stanoví, že smlouva mezi Komorou a členem (náhradníkem) představenstva, kontrolní rady, kárné komise nebo odvolací kárné komise anebo osobami jim blízkými, jejímž předmětem je plnění vyšší než 10 000,- Kč, musí být uzavřena v písemné formě a po předchozím souhlasu představenstva. Předseda předloží jedno vyhotovení smlouvy bez odkladu po jejím uzavření předsedovi kontrolní rady (čl. 66). Majetku Komory nelze použít k poskytování darů. To neplatí, má-li být daru použito k

- rozvoji právní kultury v tuzemsku nebo v zahraničí, včetně rozvoje advokacie nebo jiných právnických povolání,
- rozvoji kolegiálních vztahů mezi advokáty,
- zvýšení prestiže a dobrého jména advokacie v tuzemsku nebo v zahraničí,
- humanitárním nebo jiným veřejně prospěšným účelům (čl. 67).

Česká lékařská komora žádné podobné omezující ustanovení neobsahuje. Určité omezení lze spatřovat pouze v ustanovení § 10 odst. 2 finančního řádu této komory (stavovského předpisu č. 17), dle kterého zmocnění k nakládání s majetkem musí definovat finanční limit a majetek, se kterým pověřená osoba může disponovat.

Při hospodaření a nakládání s vlastním majetkem se veřejná vysoká škola řídí nejen právními předpisy, ale rovněž svými vnitřními předpisy. Hospodaření vysoké školy je zpravidla upraveno ve statutu vysoké školy, např. hospodaření Masarykovy univerzity upravuje její Statut v části sedmé. Tato část se týká rozpočtu a majetku, přičemž blíže specifikuje, kdo jedná a rozhoduje jménem univerzity při nakládání s jejím majetkem, a to zejména při nabývání a převádění tohoto majetku.

Kontrola hospodaření s majetkem veřejné vysoké školy je vykonávána dle ustanovení § 87 písm. e) zákona o vysokých školách ministerstvem, které při ní postupuje dle zákona č. 552/1991 Sb., o státní kontrole, ve znění pozdějších změn a doplňků. Vzhledem k tomu, že většina finančních

prostředků potřebných pro činnost veřejné vysoké školy je alokována z veřejných prostředků, je nutné, aby (vedle kontroly vnitřní představované řídicí kontrolou a interním auditem) existovala rovněž veřejná kontrola. Ve vysokém školství funkci této kontroly plní zejména správní rada, akademický senát vysoké školy a akademický senát fakulty.

Kontrolním orgánem České advokátní komory je kontrolní rada (§ 46 odst. 1 zákona o advokacii). Zprávu o hospodaření komory uveřejní předseda komory ve Věstníku nejpozději do konce měsíce září každého roku, a to včetně hlavních údajů účetní závěrky předchozího kalendářního roku, údaje o stavu majetku Komory k 31. prosinci předchozího kalendářního roku a výroku auditora o ověření účetní závěrky předchozího kalendářního roku. Kontrolu hospodaření České lékařské komory provádí její revizní komise, která zjišťuje, zda komora hospodaří podle schváleného rozpočtu a v souladu s obecně závaznými právními předpisy a finančním řádem. Kontroluje rovněž právní podloženost všech finančních transakcí, průkaznost a úplnost evidence majetku, způsob provádění inventarizace, návaznost evidence mezi jednotlivými obdobími a souhlasnost zápisů dle zápisů v rozvaze a výsledkové zprávě. Zpráva revizní komise o provedené revizi hospodaření je předkládána představenstvu (§ 15 odst. 3 a 4 finančního řádu). I zde je tedy možné spatřovat rozdíl od veřejných vysokých škol.

5. ZÁVĚR

Z provedeného srovnání vyplývá, že právní úprava hospodaření subjektů zájmové samosprávy vykazuje značně odlišnou úroveň. Vnitřní předpis České advokátní komory by mohl být v jistém směru návodem, jak je možné majetkoprávní otázky upravit vnitřním předpisem. Obsahuje totiž jak obecně jednání jménem komory, finanční hospodaření se zaměřením na proces schvalování rozpočtu a rozpočtové provizorium, rozhodování při hospodaření s majetkem komory, cenový limit majetku nebo závazku pro konání výběrového řízení, jakož i orgán, který pro toto řízení v konkrétním případě stanoví podmínky, dále pravidla pro uzavírání smluv, u nichž je riziko střetu zájmů, zákaz poskytování darů spolu s výjimkami z tohoto zákazu, jakož i otázku vedení účetnictví a kontrolního mechanismu. V ostatním se spíše potvrzuje výsledek průzkumu provedený v roce 2006 P. Havlanem a H. Neumannovou, dle kterého v převažující míře mají v majetkoprávních otázkách vnitřní předpisy spíše fragmentární povahu. Ačkoliv by tedy těžiště právní úpravy hospodaření těchto subjektů mělo být ve vnitřních předpisech, tyto subjekty využívají této možnosti v nestejně míře a ve většině případů nedostatečně. Sama skutečnost, že komory hospodaří s veřejným majetkem, by měla vést k vytvoření a přijetí takového vnitřního předpisu, který by uceleně, vedle podrobnější úpravy jednání orgánů komory v majetkoprávních věcech, dostatečně upravil rovněž

pravidla hospodaření a nakládání s majetkem komory a odpovídající odpovědnostní a kontrolní mechanismus v této oblasti.²⁰

Literature:

- Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti, Praha: C. H. Beck, 2008, 306 s., ISBN 978-80-7179-617-6.
- Havlan, P.: Veřejný majetek, Brno: Masarykova univerzita, 2008, 169 s., ISBN 978-80-210-4742-6.
- Havlan, P., Neumannová. H.: K profesním komorám jako subjektům vlastnického a jiných majetkových práv. In Právní zpravodaj, 2007, roč. 8, č. 4, s. 10-11, ISSN 1212-8694.
- Hendrych, D. et al: Správní právo. Obecná část, Praha: C. H. Beck, 2003, 793 s., ISBN 80-7179-671-9.
- Hoetzel, J.: Zájmy veřejné. In Hoetzel, J., Weyr, F. et al.: Slovník veřejného práva československého, Brno: Nakladatelství Rovnost, 1948, s. 577 –578.
- Horzinková, E., Novotný, V. Základy organizace veřejné správy v ČR, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, 234 s., ISBN 978-80-7380-096-3.
- Jirásková, V. (ed.): Konference 2001. Český stát a vzdělanost, Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, 359 s., ISBN 80-246-0491-4.
- Malý, I. (ed.): Problémy definování a prosazování veřejného zájmu. Sborník referátů z teoretického semináře pořádaného Katedrou veřejné ekonomie ESF MU v Brně ve spolupráci s Asociací veřejné ekonomie, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1999, 214 s., ISBN 80-210-2236-1.
- Plíva. S.: Postavení veřejné vysoké školy v soukromoprávních vztazích. In Právo a podnikání, 1999, č. 5, s. 14-18, ISSN 1211-1120.

²⁰ Havlan, P., Neumannová. H.: K profesním komorám jako subjektům vlastnického a jiných majetkových práv. In Právní zpravodaj, 2007, roč. 8, č. 4, s. 10-11, ISSN 1212-8694.

- Pomahač, R.: Průvodce veřejnou správou, Praha: ISV nakladatelství, 1999, 246 s., ISBN 80-85866-42-0.
- Průcha, P.: Správní právo. Obecná část, Brno: Masarykova univerzita v Brně a nakladatelství Doplněk, 2004, 356 s., ISBN 80-210-3350-9.
- Sládeček, V. Obecné správní právo, Praha: ASPI, a.s., 2009, 463 s., ISBN 987-80-7357-382-9.
- Sládeček, V.: O (neúzemní) samosprávě. In Jirásková, V., Suchánek, R. (eds.). Pocta Prof. JUDr. Václavu Pavlíčkovi, CSc. k 70. narozeninám, Praha: Linde Praha, a.s., 2004, s. 522-542, ISBN 80-7201-487-0.

Contact – email

d.strejckova@gmail.com

SUDCOVSKÁ SAMOSPRÁVA VERZUS SUVERENITA OBČANOV

JÁN ŠKROBÁK

Právnická fakulta Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská
republika

Abstrakt

Jedným z prostriedkov na zabezpečenie oddelenia súdnictva od iných komponentov štátnej moci je súdna či sudcovská samospráva. Súdna rada SR má v zmysle Ústavy SR významné kompetencie, výraznou mierou sa podieľa na ustanovovaní sudcov všeobecných súdov. Zloženie Súdnej rady je upravené tak, že štátne orgány stojace mimo organizačný mechanizmus súdnej moci majú len obmedzené možnosti podieľať sa na jej kreovaní. Podľa môjho názoru je tento prístup v rozpore s ústavnou požiadavkou, podľa ktorej štátnu moc občania majú vykonávať buď prostredníctvom svojich volených zástupcov, alebo priamo. Všeobecné sudy Slovenskej republiky ako vykonávatelia štátnej moci nemajú preto dostatočnú demokratickú legitimitu. Tento príspevok obsahuje návrhy, ako tento demokratický deficit odstrániť.

Kľúčové slová

sudcovská samospráva, Súdna rada Slovenskej republiky, legitimita štátnej moci, samospráva

Abstract

One of the means aimed to ensure the organizational separation of judiciary from other components of state power is the judicial self-government. The Judiciary Council of the Slovak Republic has significant functions under the Slovak Constitution, it contributes significantly to the appointing of judges in general courts in Slovakia. Its composition is designed so, that non-judicial state authorities of Slovak Republic do have only limited opportunities to participate in creating of the Council. This approach – in my opinion – is not consistent with the constitutional requirement, that citizens shall exercise the state power through their elected representatives or directly. Therefore, general courts of the Slovak Republic lack enough democratic legitimacy as executors of state power. This paper suggests, how to remove these democratic deficiencies

Key words

judicial self-government, The Judiciary Council of the Slovak Republic, legitimacy of state power, self-government

Môj príspevok sa dotýka témy sekcie, teda participácie osôb na správe vecí verejných, v dvoch rovinách, pričom tieto roviny participácie na správe vecí verejných sú v postavení, ktoré možno označiť ako konfliktné.

Ide o problematiku tvoriacu súčasť správy súdnictva, na ktorej sa v rôznej miere podieľajú orgány štátnej správy alebo orgány kreované inými orgánmi štátu a orgány, ktoré kreujú samotní sudcovia ako reprezentanti a vykonávatelia súdnej moci. V druhom prípade hovorím o sudcovskej alebo súdnej samospráve. Používanie pojmu sudcovská samospráva v tomto príspevku nemusí vždy korešpondovať s terminológiou pozitívnoprávnej úpravy v SR, ani s ustáleným doktrinálnym nazeraním na pojem samosprávy. Pod pojmom sudcovská samospráva na účely môjho príspevku rozumiem právne inštitúty právneho poriadku Slovenskej republiky, ktoré zverujú rozhodovacie oprávnenia v rámci správy súdnictva do rúk sudcov (alebo osôb, ktoré sú vykonávateľmi súdnictva), alebo do rúk orgánov sudcami alebo inými „súdnyimi osobami“ kreovaných. Dôvody, pre ktoré tento denotát pojmu sudcovská samospráva nekorešponduje v úplnosti s legálnym pojmom sudcovskej samosprávy a takmer vôbec s doktrinálnym ponímaním samosprávy, budú v tomto príspevku bližšie objasnené v rámci dvoch exkurzov. Príspevok takisto obsahuje stručný náčrt pozitívnoprávnej úpravy sudcovskej samosprávy v Slovenskej republike, jeho cieľom je však predovšetkým poukázať na demokratické a ústavné limity posilňovania inštitucionálnej oddelenosti súdnej moci a hľadať – alebo sa o to aspoň pokúsiť – bod, keď požiadavky na zabezpečenie delby moci a oddelenosti a nezávislosti súdnictva budú naplnené v miere vyrovnanej s mierou naplnenia požiadaviek na zabezpečenie suverenity občanov.

Sudcovská samospráva v konflikte so suverenitou ľudu

Sudcovská samospráva je inštitútom, ktorý zveruje rozhodovanie o určitých záležitostiach týkajúcich sa súdnictva do rúk osôb, ktoré sú súčasťou organizačného mechanizmu súdnej moci: platí teda, že sudcovia rozhodujú alebo aspoň spolurozhodujú o otázkach, ktoré sú predmetom ich spoločného záujmu, ktorý je prioritne možné ponímať ako záujem stavovský. Otázky, ktoré sú predmetom spoločného záujmu sudcov, sú však zároveň aj predmetom záujmu širokej verejnosti: záujem na výkone súdnictva (ktoré predstavuje realizáciu štátnej moci) naplňajúcom požiadavky odbornosti, spravodlivosti, nestrannosti, rýchlosti a hospodárnosti je kľúčovým verejným záujmom.

Ak som hovoril o konflikte dvoch rovín účasti na správe súdnictva, participácie užšieho okruhu bezprostredne zainteresovaných osôb, osôb, ktoré sú vykonávateľmi súdnictva a participácie občanov štátu ako najširšej množiny spomedzi kolektívnych mocenských entít v rámci štátu, žiada sa dodať, že aj tento konflikt sa prejavuje v dvoch rovinách: Jednak, je pochopiteľné, že pokiaľ užší okruh osôb (sudcovia) nepredstavuje súbor volených zástupcov širšieho okruhu osôb (občania), platí, že ak niekto z týchto mocenských entít pridáme moc, druhej ju odoberieme. V situácii, keď sudcovia nie sú volenými zástupcami občanov, je medzi mocenským potenciálom sudcov a mocenským potenciálom občanov pri výkone správy súdnictva vzťah nepriamej úmery. Tento konflikt je principiálny a v rovine ústavnoprávnej a filozofickej bude existovať potiaľ, pokiaľ sudcovia nebudú

volenými zástupcami občanov. Druhá rovina konfliktu je rovinou faktických záujmov. Aj v situácii, ak by medzi mocou sudcov a občanov pri správe súdnictva existoval vzťah nepriamej úmery, by hypoteticky takýto stav nemusel byť verejnosťou vnímaný ako problematický, pokiaľ by sa záujmy a ciele oboch skupín osôb v značnej miere zhodovali a teda by z hľadiska konečného efektu bolo irelevantné, kto by mal väčšiu moc na presadenie svojich zámerov v súdnictve: či by to boli sudcovia, alebo občania, ich mocenské pôsobenie by smerovalo k dosiahnutiu zhodného cieľa. Ak by teda napríklad súdnictvo tvorilo z hľadiska správy úplne uzavretý a plne samosprávny systém, no sudcovia samotní by sa snažili, aby boli naplnené požiadavky, ktoré občania spravidla vo vzťahu k súdom majú (požiadavky na nezávislosť a nestrannosť rozhodovania, na rozhodovanie legálne, spravodlivé, odborne erudované, múdre, ľudské, rýchle a efektívne), nemuseli by občania fakt, že do výkonu správy súdnictva nemôžu vôbec zasahovať, vnímať ako negatívny. Podmienkou na to, aby sa takéto očakávanie premietlo do reality, však je, že aspoň väčšina sudcov (ak nie všetci) budú ľudia spĺňajúci tie najvyššie morálne štandardy, ľudia nielen múdri, erudovaní, so zmyslom pre spravodlivosť, odvážni, uprednostňujúci výkon spravodlivosti pred vlastným prospechom, ale aj imúnni voči zvodom moci. Kde však takých sudcov nájsť?

Ak máme zostať skeptickými realistami, a to aj bez toho, aby sme podliehali čiernobielo ladenému negatívne videniu slovenských sudcov, ktoré prevláda v slovenskej verejnosti (nemusíme teda ani upodozrievať sudcov z toho, že sú a priori náchylní na korupciu, zneužívanie moci, že uprednostňujú vlastné záujmy alebo záujmy blízkych osôb pred službou občanom), musíme si priznať, že nie je v ľudskej prirodzenosti väčšina z nás konať vždy altruisticky, občiansky statočne, nezištne, nezaujato. Ako sa hovorí, moc korumpuje a príležitosť robí zlodeja. Napríklad: Môže niekto z nás z ľudského hľadiska skutočne s čistým svedomím odsúdiť sudcu, ktorý sa snaží, aby jeho syn či dcéra kráčali v jeho šľapajach a „prešľapáva mu cestičky“? Určite je takéto konanie sudcov nesprávne, neetické, no konať tak je svojim spôsobom asi to najprirodzenejšie, čo môže rodič pre dieťa urobiť. Rozdiel medzi sudcami (prokurátormi, vysokoškolskými učiteľmi, lekármi...) a „bežným občanom“ je v týchto otázkach zrejme skôr v rovine miery možností ako v rovine kvalít morálneho profilu tej ktorej osoby.

Keďže funkcie v orgánoch verejnej moci vždy budú vykonávať ľudia z mäsa a kostí a nie ideálni rytieri bez bázne a hany, bolo by naivné očakávať, že ak sa správa súdnictva ponechá výlučne v rukách sudcov, nezneužijú to, bolo by naivné očakávať, že sa vzdajú osobných ambícií a naplňovania svojich potrieb na úkor dosiahnutia požiadaviek verejnosti. Preto o antagonistickom postavení mocenských záujmov sudcov a občanov pri výkone správy súdnictva musíme uvažovať nielen rovine filozofickej a ústavnoprávnej, ale aj v rovine praktických otázok a dopadov.

Demokratická legitimita všeobecného súdnictva v Slovenskej republike

Ohniskovou normou slovenského právneho poriadku je ústavnoprávna norma obsiahnutá v čl. 2 ods. 1 Ústavy SR. Podľa tohto ustanovenia, ktoré možno vnímať ako ústavné vyjadrenie suverenity občanov Slovenskej republiky, štátna moc pochádza od občanov, ktorí ju vykonávajú prostredníctvom svojich volených zástupcov alebo priamo. Z tohto ustanovenia sa odvíja celý právny poriadok a je na ňom založený celý štátomocenský mechanizmus Slovenskej republiky ako demokratického štátu. Keby tohto ustanovenia Ústavy SR nebolo, nebolo by ani demokraticky legitimizovaného zákonodarstva, ani demokraticky legitimovanej výkonnej moci, ani demokraticky legitimizovaného súdnictva, bola by len diktatúra samozvaných uzurpátorov moci a zákonné bezprávie. Bagatelizovať článok 2 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky rozhodne nemožno, bolo by to spochybnenie ústavných základov štátu, útok na srdce demokracie.

Súdna moc je súčasťou štátnej moci a teda sa na ňu v plnej miere musia vzťahovať požiadavky na demokratickú legitimitu štátnej moci.

Ako možno zabezpečiť demokratickú legitimitu vykonávateľov štátnej moci? V štáte s republikánskym zriadením existujú dva mechanizmy legitimizácie vykonávateľov štátnej moci: legitimizácia „zdola“, teda legitimizácia zo strany osôb, voči ktorým je štátna moc vykonávaná (prísne vzaté, pri doslovnom výklade pojmu „volený zástupca“ je to jediná forma legitimizácie, ktorú naša ústava pripúšťa), a legitimizácia „zhora“, legitimizácia zo strany iných nositeľov štátnej moci (spravidla, ale nie vždy, hierarchicky nadradených). Legitimizácia zdola ako priama forma demokratickej legitimizácie sa uskutočňuje prostredníctvom volieb. Legitimizácia zhora ako nepriama forma legitimizácie sa uskutočňuje prostredníctvom kreačných a zodpovednostných mechanizmov a vo vzťahoch riadenia.

Aj keď sa v literatúre stretávame aj s inými formami legitimizačných mechanizmov (rôzne formy participatívnej či konzultatívnej demokracie), realistický pohľad na vec nás vedie k záveru, že iné reálne a efektívne formy legitimizácie než priama legitimizácia realizovaná formou volieb a nepriama legitimizácia realizovaná prostredníctvom kreačných oprávnení, oprávnení riadiť či vyvodzovať zodpovednosť, neexistujú. Význam rôznych konzultatívnych foriem je marginálny. Na to, aby sme mohli hovoriť o reálnej a efektívnej forme legitimizácie, musí existovať prinajmenšom reálna a efektívna možnosť ovplyvňovať kreáciu vykonávateľa štátnej moci a – pokiaľ možno – aj reálna a efektívna možnosť vyvodzovať voči nemu zodpovednosť.

Ako som už načrtol, pri striktne doslovnom uplatnení normy vyjadrenej v čl. 2 ods. 1 Ústavy SR by vykonávateľmi štátnej moci v Slovenskej republike (okrem občanov samotných¹) mali byť len volení

¹ Tu treba upozorniť, že občania sú v čl. 2 ods. 1 Ústavy SR ponímaní ako kolektívna entita, nie individuálne.

zástupcovia občanov. Vykonávatelia štátnej moci by teda mali byť legitimizovaní priamo. Spomedzi štátnych orgánov Slovenskej republiky sú však len dva priamo legitimizované voľbou občanmi: Národná rada Slovenskej republiky a prezident Slovenskej republiky. Všetky ostatné štátne orgány, hoci sú vykonávateľmi štátnej moci, nemajú priamu demokratickú legitimitu. To platí pre také významné orgány, ako je vláda, ústavný súd, prokuratúra, verejný ochranca práv, Najvyšší kontrolný úrad, ministerstvá, ale prirodzene, aj pre miestne orgány štátnej správy a mnohé iné orgány, ktoré je neúčelné bod po bode čo len druhovo vymenúvať. A prirodzene – platí to aj pre všeobecné súdy².

Bolo by však pochopiteľne nereálne v dnešných štátoch, ktorých štátnomocenské mechanizmy sú rozrastené a komplikovane štruktúrované, požadovať, aby každá osoba, ktorá vykonáva štátnu moc, bola priamo legitimizovaná voľbou občanmi. Doplniť priamu legitimizáciu legitimizáciou nepriamou je nevyhnutnosťou, preto sa ako výklad čl. 2 ods. 1 Ústavy SR zodpovedajúci vôli ústavodarcu javí byť výklad, ktorý popri priamej legitimizácii voľbou pripúšťa aj nepriamu sprostredkovanú legitimizáciu, keď sa legitimita vykonávateľa štátnej moci odvodzuje od iného, priamo legitimizovaného orgánu. Drvivá väčšina štátnych orgánov SR odvodzuje svoju demokratickú legitimitu buď priamo od Národnej rady Slovenskej republiky, alebo sprostredkované od Národnej rady Slovenskej republiky prostredníctvom vlády Slovenskej republiky a jej členov. Samotná vláda je legitimizovaná iba sprostredkované, ale spomedzi sprostredkované legitimizovaných orgánov má zrejme najvyššiu mieru demokratickej legitimacy (vzhľadom na to, že sa na jej kreovaní priamo podieľajú oba priamo legitimizované štátne orgány SR, najmä však pre úzku viazanosť vlády na politickú reprezentáciu v Národnej rade).

V žiadnom prípade však v súlade s ustanovením čl. 2 ods. 1 Ústavy SR nemôže byť taký spôsob kreácie a také postavenie štátneho orgánu, pri ktorom chýba nielen priama legitimizácia, ale aj legitimizácia sprostredkovaná. Okrem toho si myslím, že z čl. 2 ods. 1 Ústavy SR implicitne vyplýva aj požiadavka, aby právne postavenie a kreácia štátnych orgánov – v medziach rozumného usporiadania vecí (teda okrem iného najmä takého, ktoré nie je z hľadiska občana nehospodárne a obťažujúce) – bola právne upravená tak, aby ich demokratická legitimita bola čo najvyššia.

V slovenskom ústavnom systéme je miera demokratickej legitimacy jednotlivých zložiek štátnej moci rôzna. Nositeľom zákonodarnej moci je Národná rada Slovenskej republiky, preto je zákonodarná moc tou zložkou štátnej moci, ktorej demokratická legitimita je najvyššia. Pokiaľ ide o výkonnú moc, vychádzajúc zo systematiky Ústavy SR a z obsahu jej šiestej hlavy, jej nositeľom je prezident SR, ktorý má rovnakú mieru demokratickej legitimacy ako Národná rada, vláda, ktorá – ako som už spomenul – disponuje najvyššou mierou sprostredkovanej legitimacy,

² Sústavu všeobecných súdov v Slovenskej republike tvoria Najvyšší súd Slovenskej republiky, krajské súdy a okresné súdy. Možno k nim priradiť aj Špecializovaný trestný súd.

a orgány štátnej správy. Miera demokratickej legitimacy výkonnej moci teda variuje v závislosti od konkrétneho nositeľa, ak však – prinajmenšom vo vzťahu k vláde a štátnej správe – nazeráme na výkonnú moc vcelku, môžeme povedať, že má vyššiu mieru demokratickej legitimacy, než moc súdna. Demokratická legitimita súdnej moci na Slovensku je spomedzi tradične uvádzaných zložiek štátnej moci najnižšia. Nie je to zarážajúce konštatovanie?

Súdna moc je jedinou zložkou štátnej moci, ktorej vykonávateľom nie je ani jeden priamo demokraticky legitimizovaný štátny orgán. Súdnú moc v Slovenskej republike nevykonáva žiadna osoba, ktorú by sme mohli označiť za zástupcu občanov voleného občanmi. Ústavný súd Slovenskej republiky má sprostredkovanú demokratickú legitimitu takmer porovnateľnú s vládou SR³ (mechanizmus ich kreácie je v určitom zmysle podobný, hlavný rozdiel, ktorý mieru demokratickej legitimacy Ústavného súdu znižuje, spočíva v zodpovednostných väzbách a možnosti pozbaviť vykonávateľa verejnej funkcie jeho postu). Pokiaľ však ide o všeobecné súdy v SR, miera ich demokratickej legitimacy sa vláde SR ani len nepribližuje, ba dovoľm si tvrdiť, že je nižšia, než u orgánov štátnej správy.

Samozrejme, dôvody tohto stavu nie sú nepochopiteľné, ani ich nemožno zmiesť zo stola ako nelegitímne. Za nízkou mierou demokratickej legitimacy súdnictva v Slovenskej republike treba vidieť požiadavky zabezpečiť jeho oddelenosť od iných zložiek štátnej moci (a to v záujme zabezpečenia nezávislosti sudcov). V situácii, ak nie sú sudcovia alebo aspoň nejaký orgán súdnej moci volení priamo občanmi, bude miera ich demokratickej legitimacy vždy vo vzťahu nepriamej úmery k oddeleniu súdnej moci od ostatných zložiek štátnej moci. Za okolnosti absencie prvku priamej demokratickej legitimizácie súdnictva nezmenenej platí, že posilnením oddelenosti súdnictva od iných zložiek štátnomocenského mechanizmu sa oslabí demokratická legitimita súdnictva, naopak zvýšenie miery demokratickej legitimacy možno dosiahnuť len oslabením prvku oddelenosti a nezávislosti od iných zložiek štátnej moci. Za okolnosti absencie prvku priamej demokratickej legitimizácie súdnictva nezmenenej treba nahlas a bez okolkov povedať jedno: oddelenosť súdnictva od

³ Mieru demokratickej legitimacy nemožno vyjadriť exaktne a teda aj porovnávanie medzi dvoma orgánmi nemusí byť úplne presné, môže sa zakladať na poznávaní skôr intuitívnom a názory naň sa môžu líšiť. Napriek tomu však v niektorých prípadoch vo vzájomnom vzťahu dvoch alebo viacerých orgánov možno relatívnu mieru ich demokratickej legitimacy vyjadriť pomerne jednoznačne. Na posúdenie miery demokratickej legitimacy navrhujem používať nasledovné kritériá:

1. Spôsob kreácie: či je orgán kreovaný iným orgánom, ktorý má priamu demokratickú legitimitu, resp. nakoľko je z hľadiska kreácie „blízky“ alebo „vzdialený“ orgánu s priamou demokratickou legitimitou.
2. Spôsob vyvodzovania zodpovednosti, nielen právnej, ale aj metaprávnej, zo strany iného orgánu (ako aj to, či v prípade orgánu vyvodzujúceho zodpovednosť ide o orgán priamo demokraticky legitimizovaný, alebo nie, prípadne aké je jeho postavenie).
3. Dĺžka trvania funkcie v orgáne a možnosť a spôsob pozbaviť osobu, ktorá je vykonávateľom štátnej moci, funkcie.
4. Možnosti zásahov do činnosti orgánu zo strany štátnych orgánov s vyššou mierou demokratickej legitimacy.

ostatných zložiek štátomocenského mechanizmu v demokratickom štáte nemôže byť absolútna.

Povedané stručne: požiadavka na oddelenosť súdnictva od iných zložiek štátnej moci a požiadavka na demokratickú legitimizáciu súdnictva môžu byť v najvyššej možnej miere naplnené len vtedy, ak v rámci súdnej moci existuje orgán s priamou demokratickou legitimitou. Keďže absolutizácia ani jednej z uvedených požiadaviek nie je vhodná, základnou otázkou zostáva (ak pravda nedôjde ku koncepcnej zmene spôsobu legitimizácie súdnictva s využitím priamej demokratickej legitimizácie) miera, v akej sa tá – ktorá požiadavka má uplatniť.

Mechanizmy legitimizácie súdnictva v Slovenskej republike de lege lata

V roku 2001 došlo k rozsiahlej novelizácii Ústavy Slovenskej republiky. Jedna z najvýznamnejších zmien v ústavnom systéme SR vykonaných ústavným zákonom č. 90/2001 Z. z. spočívala v zriadení Súdnej rady Slovenskej republiky ako novokoncipovaného ústavného orgánu správy a legitimizácie súdnictva. Súdna rada SR realizuje správu a zabezpečuje legitimizáciu súdnictva predovšetkým v personálnych otázkach.⁴

Súdna rada SR je kolegiátnym orgánom. Podľa čl. 141a ods. 1 Ústavy SR predsedom Súdnej rady Slovenskej republiky je predseda Najvyššieho súdu Slovenskej republiky. Jej ďalšími členmi sú

- a) ôsmi sudcovia, ktorých volia a odvolávajú sudcovia Slovenskej republiky,
- b) traja členovia, ktorých volí a odvoláva Národná rada Slovenskej republiky,
- c) traja členovia, ktorých vymenúva a odvoláva prezident Slovenskej republiky,
- d) traja členovia, ktorých vymenúva a odvoláva vláda Slovenskej republiky.

Za člena Súdnej rady Slovenskej republiky podľa odseku čl. 141a ods. 1 písm. b) až d) ústavy možno ustanoviť osobu, ktorá je bezúhonná a má vysokoškolské právnické vzdelanie a najmenej 15 rokov odbornej praxe. Funkčné obdobie členov Súdnej rady Slovenskej republiky je päť rokov. Tú istú osobu možno zvoliť alebo vymenovať za člena Súdnej rady Slovenskej republiky najviac v dvoch po sebe nasledujúcich obdobiach. Na prijatie uznesenia Súdnej rady Slovenskej republiky je potrebný súhlas nadpolovičnej väčšiny všetkých jej členov.

Z hľadiska zloženia teda možno povedať, že pomer členov Súdnej rady kreovaných sudcami (so započítaním predsedu, ktorý síce nie je volený sudcami, ale priamo Súdnou radou, ale je sudcom, a teda pochádza zo sudcovských kruhov) a členov ustanovovaných orgánmi zákonodarnej a výkonnej moci je jedna k jednej. Napriek tomu si dovoľím tvrdiť, že Súdna rada SR je orgánom, kde *via facti* nevyhnutne musia mať prevahu

⁴ Do roku 2001 sudcov volila Národná rada Slovenskej republiky a vymenúval ich prezident.

sudcovia a ostatní členovia nutne musia ťahať za kratší koniec. Je omnoho pravdepodobnejšie, že zhoda vznikne medzi deviatimi členmi Súdnej rady – sudcami, keďže títo deviatí členovia pochádzajú z rovnakého prostredia, majú rovnaký status a spájajú ich rovnaké záujmy, než že zhoda vznikne medzi deviatimi členmi – nesudcami, ktorí sú kreovaní troma rôznymi štátnymi orgánmi, ktorých politické a svetonárové východiská a politické záujmy a ciele môžu byť značne odlišné.

Nesúhlasím s názorom, že Súdna rada SR je neštátnym, samosprávnym či autonómnym orgánom správy súdnictva⁵. Súdna rada Slovenskej republiky je štátnym orgánom, o čom svedčí napokon aj jej názov, spôsob jej kreácie (všetkých jej členov ustanovujú štátne orgány, prípadne osoby, ktoré sú súčasťou štátnomocenského mechanizmu), pôsobnosť (vykonáva správu súdnictva ako súčasti organizácie štátnej moci) i systematika zaradenia jej úpravy v Ústave SR (je upravená v siedmej hlave upravujúcej súdnu moc, pričom súdna moc je komponentom štátnej moci). Na druhej strane, je fakt, že postavenie Súdnej rady práve v dôsledku skutočnosti, že fakticky v nej dominujú sudcovia, je osobité a každopádne skôr naplňa ako nenaplňa pojem sudcovskej samosprávy tak, ako som ho vymedzil v úvode svojho príspevku (ešte raz zopakujem, že tento pojem na účely svojho príspevku používam s inou denotáciou, ako je používaný v pozitívnoprávnej úprave a v našej vede správneho práva).

S ohľadom na pomerne komplikovaný spôsob ustanovovania členov Súdnej rady nie je možné mieru demokratickej legitimacy jej postavenia a pôsobnosti posúdiť jednoznačne. Ak vychádzame z toho, že v prípade sprostredkovanej demokratickej legitimizácie sa miera demokratickej legitimacy odvodzuje od miery demokratickej legitimacy orgánu, od ktorého sa legitimita odvodzuje, možno povedať, že z hľadiska kreovania polovice svojich členov má Súdna rada SR pomerne vysokú mieru demokratickej legitimacy, z druhej polovice pomerne nízku. Pri posudzovaní miery demokratickej legitimacy Súdnej rady treba ohľad brať aj na fakticky silnejšie postavenie členov Súdnej rady z radov sudcov. Celkovo si myslím, že demokratická legitimita Súdnej rady Slovenskej republiky je dosť nízka. Počet zástupcov sudcovského stavu v nej je príliš vysoký na to, aby sme mohli prehliadnuť fakt, že ide o osoby, ktoré sú kreované v uzavretom systéme bez dostatočnej legitimizácie zvonku.

S ohľadom na významné postavenie Súdnej rady SR sa vytvára situácia, ktorá by sa so značným zjednodušením dala prezentovať tak, že sudcovia tvoria členov Súdnej rady, ktorí tvoria sudcov. Aj keď pri tomto konštatovaní značne zjednodušujem a abstrahujem od mnohým významných prvkov právnej úpravy, je vo svojej podstate pravdivé. Áno, systém je sčasti zacyklený a to podporuje jeho uzatvorenosť, ktorú vnímam ako najväčší problém súčasného slovenského súdnictva.

⁵ Doktrínálne názory na postavenie Súdnej rady SR v slovenskej odbornej literatúre sa líšia, čo zrejme vyplýva najmä zo skutočnosti, že Ústava SR, ale ani zákon č. 185/2002 Z. z. o Súdnej rade Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov jej postavenie v organizačnom mechanizme štátnej moci explicitne nevymedzujú.

Pôsobnosť Súdnej rady SR v personálnych otázkach

Ako som už načrtol, ťažiskovými kompetenciami Súdnej rady SR sú tie, ktoré sa týkajú kreačných mechanizmov vo všeobecnom súdnictve.

Podľa čl. 141a ods. 4 Ústavy SR do pôsobnosti Súdnej rady Slovenskej republiky patrí

- a) predkladať prezidentovi Slovenskej republiky návrhy kandidátov na vymenovanie sudcov a návrhy na odvolanie sudcov,
- b) rozhodovať o pridelení a preložení sudcov,
- c) predkladať prezidentovi Slovenskej republiky návrhy na vymenovanie predsedu Najvyššieho súdu Slovenskej republiky a podpredsedu Najvyššieho súdu Slovenskej republiky a návrhy na ich odvolanie,
- d) predkladať vláde Slovenskej republiky návrhy kandidátov na sudcov, ktorí by mali pôsobiť za Slovenskú republiku v medzinárodných súdnych orgánoch,
- e) voliť a odvolávať členov disciplinárnych senátov a voliť a odvolávať predsedov disciplinárnych senátov,
- f) vyjadrovať sa o návrhu rozpočtu súdov Slovenskej republiky pri zostavovaní návrhu štátneho rozpočtu,
- g) ďalšia pôsobnosť, ak tak ustanoví zákon.

Ako vidíme, ústavné (teda nie zákonom ustanovené) kompetencie Súdnej rady SR sa pôsobnosťou v kreačných otázkach takmer vyčerpávajú.

Spôsob kreácie sudcov v Slovenskej republike

Kreáciu sudcov v slovenskom právnom poriadku upravuje viacero prameňov práva vo formálnom zmysle. Východiskovou úpravou je úprava obsiahnutá v Ústave Slovenskej republiky, ktorú vykonáva jednak zákon o Súdnej rade Slovenskej republiky a jednak zákon č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediach a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Podľa Ústavy SR sudcov vymenúva a odvoláva prezident Slovenskej republiky na návrh Súdnej rady Slovenskej republiky; vymenúva ich bez časového obmedzenia. Za sudcu môže byť vymenovaný občan Slovenskej republiky, ktorý je voliteľný do Národnej rady Slovenskej republiky, dosiahol vek 30 rokov a má vysokoškolské právnické vzdelanie. Ďalšie predpoklady na vymenovanie za sudcu ustanoví zákon, ktorým je de lege lata zákon o sudcoch a prísediach.

Zákonná úprava ustanovovania sudcov v Slovenskej republike práve v tomto období bola dosť zásadným spôsobom zmenená. V nasledujúcom texte teda jednak uvediem stav zákonnej úpravy do 30. apríla 2011 (teda v čase, keď bol príspevok prednesený na konferencii Cofola 2011, kde som vystúpil v posledný deň účinnosti pôvodnej úpravy), ako aj stav zákonnej úpravy účinný od 1. mája 2011, teda v čase odovzdania príspevku na publikáciu.

Základný mechanizmus výberu a ustanovovania sudcov zostal zachovaný: Uchádzač o funkciu sudcu musí úspešne absolvovať výberové konanie na konkrétnom súde, následne úspešného uchádzača posudzuje

Súdna rada SR, ktorá ho – ak spĺňa podmienky na vymenovanie – navrhne na vymenovanie prezidentovi SR. Prezident SR vymenúva sudcov do funkcie bez časového obmedzenia.

Významnou zmenou v rámci úpravy ustanovovania sudcov bolo zrušenie inštitútu justičných čakateľov. Justiční čakatelia boli štátni zamestnanci, ktorí po vykonaní praxe a absolvovaní justičnej skúšky mali byť bez výberového konania vymenovaní na miesto sudcu, ak bolo také miesto voľné. Výber justičných čakateľov sa po dlhoročnom útlme využívania tohto inštitútu začal v decembri 2008, v čase, keď ministrom spravodlivosti bol Š. Harabin, terajší predseda Najvyššieho súdu Slovenskej republiky. Prakticky okamžite sa zdvihla vlna nevôle a kritických ohlasov zo strany médií a širokej verejnosti (ale aj časti odbornej verejnosti), keďže – ako médiá zistili, u nemalého percenta prijatých justičných čakateľov existovalo podozrenie, že sú rodinnými príslušníkmi sudcov či zamestnancov ministerstva spravodlivosti. Denník SME, v tom čase výrazne opozične profilovaný, publikoval v marci 2009 článok, podľa ktorého spomedzi verejne dostupného zoznamu justičných čakateľov „má zhruba tridsať percent prijatých čakateľov rovnaké priezvisko ako súčasní sudcovia, súdni funkcionári, či úradníci na ministerstve spravodlivosti“⁶. Ako sa v uvedenom článku ďalej uvádzalo, „toto percento je založené len na zhode priezvisk, takže neprehrádza ďalšie prepojenia na možné netere, synovcov, či iných rodinných známych“⁷. Problémom pri zisťovaní skutočných rodinných väzieb bola ochrana osobných údajov, s odvolaním na ktorú príslušné orgány odmietali sprístupniť informácie o tom, či noví justiční čakatelia sú alebo nie sú v príbuzenskom vzťahu so sudcami či úradníkmi a funkcionármi správy súdnictva.

Predpoklady na vymenovanie sudcu ustanovené v zákone o sudcoch a prísediach zostali aj po 1. máji 2011 nezmenené (štátne občianstvo SR, vek aspoň 30 rokov, vysokoškolské právnické vzdelanie druhého stupňa, teda vzdelanie magisterské, plná spôsobilosť na právne úkony, zdravotná spôsobilosť na výkon funkcie sudcu, bezúhonnosť, morálne vlastnosti, ktoré dávajú záruku, že funkciu sudcu bude uchádzač riadne vykonávať, trvalý pobyt na území SR, zloženie odbornej justičnej skúšky, úspešné absolvovanie výberového konania (ak zákon o sudcoch a prísediach neustanovuje inak – čo je po zrušení justičných čakateľov de lege lata už len prípad preloženia sudcu na iný súd toho istého stupňa), vopred daný písomný súhlas s vymenovaním do funkcie sudcu a s pridelením na vopred určený súd). Zmenila sa však právna úprava výberového konania na obsadenie funkcie sudcu.

⁶ Len niekoľko dní po absolvovaní vysokoškolského štúdia vo výberovom konaní na miesto justičného čakateľa, do ktorého sa podľa denníka SME prihlásilo vyše sto uchádzačov, uspel Branislav Harabin, syn Štefana Harabina. Pozri ŠUTKOVÁ, V.: Na súd prichádza Harabin junior. Dostupné online na <http://www.sme.sk/c/4914737/na-sud-prichadza-harabin-junior.html>.

⁷ Pozri PRUŠOVÁ, V.: Budúcich sudcov vyberajú aj podľa mien. Dostupné online na <http://www.sme.sk/c/5292004/buducich-sudcov-vyberaju-aj-podla-mien.html>.

Výberové konanie na obsadenie miesta sudcu upravujú paragrafy 28 a 29 zákona o sudcoch a prísediacich.

Najzásadnejšou zmenou pri úprave výberových konaní bola zmena zloženia výberovej komisie pre výberové konanie na miesto sudcu. Podľa úpravy obsiahnutej v § 29 zákona o sudcoch a prísediacich v znení účinnom do 30. apríla 2011 členov výberov komisie vymenúval predseda krajského súdu, v ktorého územnom obvode sa miesto sudcu obsadzovalo (teda aj v prípade, ak išlo o miesto sudcu okresného súdu), a to podľa nasledovného kľúča: jedného člena výberovej komisie vymenúval na návrh sudcovskej rady súdu, na ktorom sa obsadzovalo miesto sudcu, jedného člena na návrh príslušného kolégia predsedov sudcovských rád, jedného na návrh Súdnej rady SR, jedného na návrh ministerstva spravodlivosti. Piatym členom výberovej komisie bol buď predseda súdu, pre ktorý bolo určené voľné miesto sudcu, alebo ním poverený sudca. Z piatich členov výberovej komisie teda štyria pochádzali z prostredia justície (za člena výberovej komisie z prostredia justície s ohľadom na vyššie uvádzanú faktickú dominanciu sudcov v Súdnej rade považujem aj člena vymenúvaného na návrh Súdnej rady SR), iba jeden bol delegovaný ministerstvom spravodlivosti. Od 1. mája 2011 sa zloženie výberovej komisie výrazne zmenilo: predovšetkým, členov výberovej komisie už nevymenúva predseda krajského súdu, ale predseda súdu, na ktorom sa voľné miesto sudcu obsadzuje. Ďalšou dôležitou zmenou je vytvorenie verejne dostupnej databázy kandidátov na členov výberovej komisie, z ktorých musia byť členovia výberovej komisie predsedom súdu vybratí. Zloženie výberovej komisie je od 1. mája 2011 nasledovné: jeden člen z kandidátov zvolených Národnou radou SR, jeden člen z kandidátov zvolených Súdnou radou SR, jeden člen zvolený sudcovskou radou súdu, na ktorom sa voľné miesto sudcu obsadzuje a dvaja členovia musia byť vymenovaní z kandidátov vymenovaných ministrom spravodlivosti. Vidíme teda zjavný posun v rozložení síl: pomer členov výberovej komisie z prostredia justície a z vonkajšieho prostredia sa z pomeru 4 : 1 zmenil na pomer 2 : 3.

Tento posun hodnotím pozitívne. Sudcovia vďaka takto zloženým výberovým komisiám budú mať významne vyššiu mieru demokratickej legitimacy. Pozitívne hodnotím najmä fakt, že vo výberovej komisii je aj zástupca Národnej rady Slovenskej republiky. Štátny orgán s najvyššou mierou demokratickej legitimacy sa tak vo významnejšej miere môže podieľať na kreovaní a legitimizácii personálneho substrátu súdnej moci. Pozitívne hodnotím aj fakt, že členom výberovej komisie už nie je predseda súdu alebo ním určený sudca a že počet členov reprezentujúcich sudcovské rady sa znížil z dvoch na jedného. Menej pozitívne hodnotím to, že vo výberových komisiách získava dominantné minister spravodlivosti ako predstaviteľ výkonnej moci, a to prostredníctvom až dvoch členov výberovej komisie.

V úprave výberových konaní však došlo aj k ďalším významným zmenám, ktoré posilňujú ich transparentnosť a umožňujú verejnú kontrolu. Výberové konania sa povinne vyhlasujú aj v periodickej tlači s celoštátnou pôsobnosťou a na webovom sídle ministerstva spravodlivosti. Ak je

súčasťou výberového konania test, losuje sa v deň výberového konania z jednotnej databázy testov pripravenej ministerstvom. Výberové konanie je verejné, predseda súdu, ktorý administratívne a organizačne výberové konanie zabezpečuje, je povinný vytvoriť podmienky pre účasť verejnosti. Predseda súdu je povinný zabezpečiť zverejnenie všetkých žiadostí uchádzačov o zaradenie do výberového konania, ich profesijných životopisov a motivačných listov na webovej stránke ministerstva spravodlivosti najneskôr tridsať dní pred konaním výberového konania. Do dvadsať dní od zverejnenia týchto dokumentov môže verejnosť vzniesť odôvodnené výhrady voči uchádzačom, ktoré ministerstvo spravodlivosti predloží výberovej komisii. K žiadosti musí uchádzač priložiť písomné vyhlásenie, v ktorom uvedie zoznam jemu blízkych osôb, ktoré sú sudcami, zamestnancami súdov, ministerstva či rozpočtových alebo príspevkových organizácií v pôsobnosti ministerstva. Toto vyhlásenie sa zverejňuje spolu so žiadosťou o zaradenie do výberového konania. Napokon, spomeniem aj povinnosť predsedu výberovej komisie zabezpečiť zverejnenie zápisnice o výsledkoch výberového konania na webovom sídle ministerstva do 24 hodín od skončenia výberového konania.

Riziká deficitu demokratickej legitimacy súdnictva

Hlavným negatívom vyplývajúcim z deficitu demokratickej legitimacy všeobecného súdnictva je posilňovanie uzavretosti všeobecného súdnictva. Ak majú pri ustanovovaní nových sudcov kľúčové slovo sudcovia alebo ich zástupcovia, reálne hrozí, že súdnictvo degeneruje na uzavretú kastu. To považujem z hľadiska celospoločenského za podstatne väčšiu hrozbu, ako tradične vnímané obavy zo zásahov iných zložiek štátnej moci (najmä moci výkonnej) do záležitostí moci súdnej. Zatiaľ čo problém zabezpečenia oddelenosti súdnictva od iných častí štátnomocenského mechanizmu bol (a je) problémom moderným, v súčasnosti zjavne čelíme postmodernému problému dôsledkov prílišnej oddelenosti súdnictva od iných zložiek štátnomocenského mechanizmu bez toho, aby sa zabezpečila priama demokratická legitimizácia súdnictva.

Účelom existencie súdnej moci je zabezpečiť výkon funkcie spravodlivosti. Tomu, aby súdy rozhodovali legálne, nestranne, nezávisle, odborne, spravodlivo, rýchlo a hospodárne, je potrebné podriadiť všetky prvky úpravy ich postavenia a organizácie. Môj názor je taký, že hlavnou hrozbou legálnosti, nestrannosti, nezávislosti, odbornosti, spravodlivosti, rýchlosti a hospodárnosti rozhodovania súdov v Slovenskej republike v súčasnosti určite nie je nedostatočná oddelenosť súdnictva od iných zložiek štátnomocenského mechanizmu. Práve naopak, súdnictvo sa ocitlo v postavení priveľmi svojbytnom, chýba mu demokratická legitimita, chýba mu dostatočná verejná kontrola s možnosťami vyvodenia zodpovednosti za nedostatky vo výkone súdnictva.

Žiaľ, na slovenských súdoch sa vyskytujú prípady korupcie, klientelizmu, rodinkárstva, vyskytujú sa prípady ovplyvňovania sudcov, vyskytujú sa rozhodnutia, ktoré krivia právo a nad ktorými sa zastavuje

rozum. Toto je skutočný problém slovenskej justície, nie hrozba zásahov zo strany exekutívy. Zároveň je to jeden z najťaživejších problémov slovenskej spoločnosti.

Jadro tohto problému treba hľadať práve v uzavretosti súdnictva, v tom, že sudcovia si medzi seba neboli ochotní pripustiť kohokoľvek, ale samozrejme prioritne ľudí, ktorí boli „systémovo konformní“. Podľa môjho presvedčenia jedinou cestou k obrode slovenského súdnictva je jeho otvorenie sa verejnej kontrole, posilnenie jeho demokratickej legitimacy. Novela zákona o sudcoch a prísediach (zákon č. 33/2011 Z. z.) bola krokom správnym smerom, ktorým sa však reforma nemôže skončiť.

Stručne musím upozorniť ešte na jedno riziko vyplývajúce z nízkeho stupňa demokratickej legitimacy všeobecného súdnictva: Tento stav predstavuje podľa môjho názoru neustále potenciálne riziko spochybnenia ústavnosti všetkých rozhodnutí súdov SR. Ak súdnu moc nevykonávajú osoby s dostatočnou mierou demokratickej legitimacy, nie je každý jeden rozsudok, každé jedno uznesenie súdu, spochybniteľné z dôvodu nedodržania čl. 2 ods. 1 Ústavy SR? Obávam sa, že demokratická legitimita súdov v SR je taká nízka (aj keď u sudcov kreovaných počnúc 1. májom 2011 sa významne zvýši), že toto riziko nie je nereálne.

Táto stať môjho príspevku zároveň napovedá, ktorým smerom by sme sa podľa môjho názoru mali uberať pri hľadaní ekvilibria medzi požiadavkami na oddelenosť súdnictva od iných zložiek štátomocenského mechanizmu a na demokratickú legitimizáciu súdnictva.

Exkurz k sudcovskej samospráve v zmysle denotácie tohto pojmu podľa zákona o súdoch

Už som predznamenal, že pojem sudcovská samospráva používam v ponímaní odchylnom od pozitívnoprávnej úpravy v právnom poriadku Slovenskej republiky. Sudcovskú samosprávu ako pozitívnoprávny inštitút upravuje zákon č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov, a to v tretej hlave (nadpísanej Sudcovská samospráva) tretej časti zákona (tretia časť zákona o súdoch nesie názov Orgány riadenia a správy súdov).

Orgánmi sudcovskej samosprávy sú sudcovské rady a kolégia predsedov sudcovských rád. Súdna rada SR teda nie je orgánom sudcovskej samosprávy v legálnom ponímaní tohto pojmu.

Sudcovská samospráva podľa zákona o súdoch nemá z hľadiska významu kompetencie porovnateľné so Súdnu radou SR a s inými orgánmi vykonávajúcimi správu súdnictva. Jej oprávnenia sú poväčšinou skôr konzultatívneho charakteru. To celkom výstižne vyjadruje už ustanovenie § 45 ods. 1 zákona o súdoch, podľa ktorého na riadení a správe súdov sa podieľa sudcovská rada ako orgán sudcovskej samosprávy. Sudcovská rada sa teda iba podieľa na výkone správy a riadenia uskutočňovanom kľúčovými orgánmi správy a riadenia súdov.

Sudcovská rada sa zriaďuje na okresnom súde, krajskom súde, Najvyššom súde SR a na Špecializovanom trestnom súde. Ak nie je

sudcovská rada zvolená, pôsobnosť sudcovskej rady vykonáva plénum súdu. Sudcovská rada má najmenej troch členov a najviac deväť členov. Členov sudcovskej rady volí a odvoláva plénum príslušného súdu spomedzi seba v tajnom hlasovaní. Výkon funkcie predsedu súdu a podpredsedu súdu je nezlučiteľný s členstvom v sudcovskej rade; tým nie je dotknuté právo predsedu súdu a podpredsedu súdu zúčastniť sa hlasovaním na voľbe členov sudcovskej rady. Ak pôsobnosť sudcovskej rady vykonáva plénum, predseda súdu a podpredseda súdu nemajú hlasovacie právo.

Podľa zákona o súdoch sudcovská rada má nasledovné oprávnenia:

- a) vyjadruje sa k návrhom rozpočtov súdov,
- b) prerokúva správu predsedu súdu o použití rozpočtových prostriedkov,
- c) prerokúva návrh rozvrhu práce súdu a zaujíma k nemu stanovisko,
- d) rozhoduje o námietkach sudcov vo veciach podľa osobitného zákona⁸,
- e) volí členov výberovej komisie podľa § 37 ods. 5 písm. a)⁹,
- f) podáva návrh na začatie disciplinárneho konania v prípadoch ustanovených týmto zákonom,
- g) spolurozhoduje o niektorých platových veciach sudcov podľa osobitného zákona,
- h) schvaľuje rokovací poriadok sudcovskej rady,
- i) na požiadanie predsedu súdu zaujíma stanoviská vo veciach patriacich do pôsobnosti predsedu súdu,
- j) rozhoduje v iných veciach, ak tak ustanovuje osobitný zákon, tu možno pripomenúť jej oprávnenie voliť jedného člena výberovej komisie pre výberové konanie na obsadenie miesta sudcu.

Za najvýznamnejšie oprávnenia sudcovskej rady považujem práve tie, ktorými sa podieľa na obsadzovaní funkčných miest sudcov a predsedov súdov.

Exkurz: Prečo sudcovská samospráva nie je samosprávou v štandardnom ponímaní tohto pojmu?

Sudcovská samospráva ani v ponímaní, ako ho používam v tomto príspevku, ani v ponímaní zákona o súdoch, nie je a nemôže byť samosprávou v bežnom administratívistickom ponímaní tohto pojmu. Samospráva je nerozlučne spojená s existenciou verejnoprávnych korporácií, teda spoločenstiev osôb spojených určitým objektívne existujúcim spoločným záujmom, s vlastnou právnou subjektivitou, ktorých prostredníctvom si tieto osoby zabezpečujú napĺňanie svojich potrieb v medziach onoho spoločného záujmu. Túto podmienku súdnictvo nespĺňa. Sudcovia sú súčasťou organizačného mechanizmu štátnej moci, sú reprezentantmi a vykonávateľmi súdnej moci a nemôžu si nárokovať združovacie právo a právo na samosprávu v takom rozsahu, ako napríklad obyvatelia obce, študenti verejnej vysokej školy či lekári. Aj keď ich

⁸ Ide o zákon o sudcoch a prísediach, sudcovská rada rozhoduje o námietkach sudcov proti záverom hodnotenia sudcov, ktoré vykonáva predseda súdu.

⁹ Ide o výberovú komisiu pre výberové konanie na obsadenie funkcie predsedu súdu.

spoločné záujmy objektívne existujú, nemožno ich nadradit' verejnému záujmu. V otázkach, kde nastáva čo len potenciálne kolízia verejného záujmu a záujmu sudcov, je samospráva sudcov vylúčená. Výkon a organizácia súdnictva nemôžu byť predmetom samosprávy, lebo ide o výkon štátnej moci a súčasť organizácie štátnej moci, a zároveň ide o kľúčový predmet verejného záujmu.

Riziká priamej voľby sudcov

Jednou z možností na zabezpečenie vyššej miery demokratickej legitimacy sudcov všeobecných súdov je hypoteticky aj ich priama voľba občanmi. Táto možnosť sa však spája s hrozbou výraznej politizácie súdnictva. Od súdnictva sa očakáva apolitickosť, aj keď je otázne, či je to reálna požiadavka (napríklad v prípadoch, ak sudcovia rozhodujú napríklad v otázkach verejného práva v rámci diskrečionálneho oprávnenia, je v ich rozhodovacej činnosti prítomný prvok politika). Aj mimo medzi diskrečionálneho oprávnenia sa od sudcov očakáva, že budú rozhodovať v súlade s normami etiky, morálky, a tie tiež nie sú apolitické. Napokon, sudcovia neaplikujú právo, ktoré je apolitické, to opäť platí najmä vo vzťahu k právu verejnému.

Ak by však sudcovia boli volení občanmi, hoci aj na doživotie, stali by sme sa zrejme svedkami „nadbiehania vkusu nás“ vo volebných kampaniach, čo by sa mohlo stať hrozbou pre ústavný poriadok základných práv a slobôd, pre stabilitu demokracie, pre právny štát. Samozrejme, problémom je aj to, že drvivá väčšina oprávnených voličov by nebola spôsobilá dostatočne posúdiť odborné otázky spojené s ustanovovaním sudcov, čo by mohlo mať negatívne dôsledky na odbornosť vybraných kandidátov.

Netreba však a priori odmietat' myšlienky priamej voľby aspoň niektorých funkcionárov súdnej moci. Nemohli by byť občanmi volení niektorí, prípadne všetci členovia Súdnej rady? Nemohol by byť občanmi volený predseda Najvyššieho súdu SR? O týchto myšlienkach by bolo vhodné prinajmenšom uvažovať.

Záver

V záujme zabezpečenia legálneho, odborného, spravodlivého, etického, nestranného, nezávislého a efektívneho výkonu funkcie spravodlivosti, ktorá je jednou zo základných funkcií štátu, je potrebné posilniť demokratickú legitimitu súdnictva v Slovenskej republike. Súdnictvo sa musí väčšmi otvoriť verejnosti a sudcovská samospráva musí byť vykázaná do rozumných medzí.

Napriek vykonaným zmenám nepovažujem demokratickú legitimitu všeobecného súdnictva v SR za dostatočnú. Kľúčovou zmenou, na ktorú je však potrebné zmeniť Ústavu SR, by mala byť zmena zloženia Súdnej rady SR, tak, aby sa v nej oslabilo postavenie sudcov. Na eliminovanie rizika nadmerných zásahov politických orgánov do činnosti Súdnej rady by mohlo

slúžiť predĺženie funkčného obdobia jej členov a postupné, cyklické obmeňovanie jej členov. Je možné zvažovať aj možnosť, že by časť členov Súdnej rady volil napríklad ad hoc vytváraný volebný zbor zložený z poslancov zastupiteľstiev samosprávnych krajov¹⁰. Zloženie Súdnej rady SR by teda mohlo byť nasledovné: štyroch členov by na osemročné funkčné obdobie volila Národná rada SR, pričom polovica členov Súdnej rady volená Národnou radou by bola obmieňaná každé štyri roky, štyroch členov by vymenúval prezident SR, pričom opäť by platilo, že ich funkčné obdobie by bolo osemročné a polovica z nich by sa obmieňala po štyroch rokoch, štyroch by na rovnakých princípoch kreovala vláda SR, štyroch sudcovia všeobecných súdov a štyroch osobitný volebný orgán zložený z poslancov zastupiteľstiev samosprávnych krajov. Dvadsiatym prvým členom Súdnej rady SR a jej predsedom by z titulu svojej funkcie rovnako ako doteraz bol predseda Najvyššieho súdu SR. Takéto zloženie a spôsob ustanovovania Súdnej rady SR by veľmi sťažil majorizáciu nejakého názoru len na základe politickej orientácie. Do úvahy prichádza aj priama voľba niektorých členov Súdnej rady SR občanmi, alebo napríklad priama voľba predsedu NS SR ako predsedu Súdnej rady občanmi.

Ak by Súdna rada SR mala vyššiu mieru demokratickej legitimacy, mohli by sa rozšíriť jej oprávnenia pri kreovaní výberových komisií pre obsadenie miest sudcov a funkcií predsedov súdov. Úprava zloženia výberových komisií pre výberové konania na funkcie sudcov by mohla byť taká, že jeden člen by bol vyberaný predsedom súdu z kandidátov volených Národnou radou Slovenskej republiky, jeden člen z kandidátov vymenovaných ministrom spravodlivosti, jeden člen by bol volený sudcovskou radou pri príslušnom súde a dvoch členov by volila Súdna rada Slovenskej republiky (teda nevolila by len kandidátov, z ktorých by členov komisie vyberal predseda súdu, ale sama by podľa určitého rozvrhu práce volila priamo členov výberových komisií). Zloženie výberových komisií pre funkciu predsedu súdu by malo v porovnaní so zložením výberových komisií pre výberové konania na miesta sudcov umožňovať silnejší vplyv ministra spravodlivosti, keďže minister spravodlivosti je osobou politicky zodpovednou za zabezpečenie správy súdnictva.

Načrtnutý postup pri ustanovovaní členov výberových komisií pre funkcie sudcov by som považoval za optimálny jednak preto, že by zabezpečil vyššiu mieru demokratickej legitimacy novoustanovených sudcov, jednak preto, že by umožnil vyhnúť sa nadmernému vplyvu ministerstva spravodlivosti a sudcov samotných na výber nových sudcov. Každopádne, kľúčové je najmä postavenie Súdnej rady SR a jej zloženie. Ak by jej zloženie bolo vyváženejšie a jej demokratická legitimita vyššia, nebolo by lepšieho riešenia, než zveriť jej čo najväčšiu pôsobnosť pri rozhodovaní v personálnych otázkach súdnictva, a to aj na úkor ministerstva spravodlivosti, aj na úkor sudcov samotných.

¹⁰ Ak môžu obecné zastupiteľstvá voliť prísediach, nevidím dôvod, prečo by poslanci zastupiteľstiev samosprávnych krajov nemohli voliť členov Súdnej rady SR.

Contact – email

janskrobak@gmail.com

jan.skrobak@flaw.uniba.sk

PARTICIPACE OSOB NA SPRÁVĚ VEŘEJNÝCH VĚCÍ ZA KRIZOVÝCH SITUACÍ V ČESKÉ REPUBLICE

RADIM VIČAR

Fakulta ekonomiky a managementu, Univerzita obrany, Česká republika

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá problematikou účasti veřejnosti na správě veřejných věcí v České republice. Zaměřuje se přitom na specifika výkonu veřejné správy za krizových stavů, které jsou vyhlášovány v případě krizových situací. Příspěvek zejména analyzuje vybranou právní úpravu v této oblasti v České republice a poukazuje na odlišnosti od běžného fungování veřejné správy.

Key words in original language

krizová situace, krizový stav, veřejná správa, správa veřejných věcí, účast veřejnosti

Abstract

This paper deals with public participation in governance in the Czech Republic. It focuses on the specifics of public administration during crisis states, which are announced in the case of crisis situations. Paper analyzes some particular legislation in this area in the Czech Republic, and highlights the differences from the usual functioning of public administration.

Key words

crisis situation, crisis state, public administration, governance, public participation

Úvod

Reprezentanti veřejné moci¹ jsou nadáni pravomocemi pro ukládání rozličných povinností fyzickým a právnickým osobám, stejně tak mohou v souladu s Listinou základních práv a svobod (dále jen "Listina") a zvláštními zákony omezovat, např. za trvání krizových stavů, participaci osob na veřejném životě. Výkon veřejné správy, ať už na ústřední nebo územní úrovni, právní nástroje, spočívající v zákonem předvídaných zásazích do výkonu základních práv a svobod, ale i konkretizace jednotlivých práv a povinností právnických osob a fyzických osob při

¹ tj. té, která „...autoritativně rozhoduje o právech a povinnostech subjektů, ať již přímo, nebo zprostředkovaně. Subjekt, o jehož právech nebo povinnostech rozhoduje orgán veřejné moci, není v rovnoprávném postavení s tímto orgánem a obsah rozhodnutí tohoto orgánu nezávisí od vůle subjektu...“, viz usnesení Ústavního soudu České republiky ze dne 25. 11. 1993, U 3/2 SbNU, sp. zn. II. ÚS 75/93

přípravě a řešení krizových situací je v České republice provedena zvláštními zákony, které vystupují především jako prameny správního práva.

1. Krizové situace a krizové stavy v České republice

Krizové stavy se v České republice (dále jen „ČR“) vyhláší v případě krizových situací, které ohrožují životy a zdraví obyvatelstva, majetkové hodnoty, životní prostředí, vnitřní pořádek a bezpečnost² nebo je-li bezprostředně ohrožena svrchovanost, územní celistvost, demokratické základy ČR nebo je-li potřeba plnit mezinárodní závazky o společné obraně. Příčina krizové situace přitom spočívá v objektivní skutečnosti nezávislé na právu. Právo jen tyto objektivní skutečnosti určitým způsobem definuje, deklaruje existenci objektivní skutečnosti, která již fakticky nastala nebo přímo hrozí, reaguje na ní pomocí specifických prostředků právního, hospodářského, technického, finančního nebo jiného charakteru a ve svém souhrnu vytváří systém opatření pro řešení krizové situace.

V případě krizových situací, které nesouvisí se zajišťováním obrany ČR před vnějším napadením³, lze vyhlásit některý z nevojenských (civilních) krizových stavů (stav nebezpečí, nouzový stav, stav ohrožení státu). Jedná-li se o krizové situace, které souvisí se zajišťováním obrany ČR před vnějším nepřítelem, lze vyhlásit některý z vojenských krizových stavů (stav ohrožení státu, válečný stav). Kategorie krizového stavu je závislá na době trvání a intenzitě dopadů krizové situace, na velikosti oblasti, kterou zasáhla, na množství lidí zasažených jejími dopady. Právní úprava krizových stavů se rozpadá do více předpisů různé právní síly. Neexistuje jeden speciální zákon, který by komplexně tuto problematiku ošetřil. Z hlediska ústavních zakotvení krizových stavů je nutno zmínit Ústavu České republiky a ústavní zákon č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "ústavní zákon o bezpečnosti").

Pro oblast řešení nevojenských krizových situací má pozici jednoho z klíčových pramenů právní úpravy zákon č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení a o změně některých zákonů (krizový zákon), ve znění pozdějších předpisů. Tento zákon stanovuje působnost (tedy okruh záležitostí, které jsou orgánům veřejné správy svěřeny) a pravomoc (tj. souhrn právních prostředků k provádění úkolů v rámci působnosti) státních orgánů a orgánů územních samosprávných celků a práva a povinnosti právnických a

² K vymezení pojmu "bezpečnost" viz např. MAREŠ, M. Bezpečnost. In ZEMAN, P. Česká bezpečnostní terminologie: Výklad základních pojmů. Brno : Vojenská akademie v Brně, 2003. s. 13.

³ Ke specifickým ohrožením vnitřní bezpečnosti státu viz např. SVOBODA, I. et al. Politický extremismus a terorismus jako ohrožení vnitřní bezpečnosti státu. Brno : Univerzita obrany, 2010. 144 s.

fyzických osob při přípravě na nevojenské krizové situace, a při jejich řešení a nově i při ochraně kritické infrastruktury⁴ a odpovědnost za porušení těchto povinností. Pro ukládání povinností a omezování základních práv a svobod za trvání vojenských krizových situací je důležitým pramenem právní úpravy zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky, ve znění pozdějších předpisů, a také zákon č. 585/2004 Sb., o branné povinnosti a jejím zajišťování (branný zákon), ve znění pozdějších předpisů.

2. Specifika výkonu veřejné správy za krizových situací

Za nevojenských a vojenských krizových stavů lze uplatnit vůči adresátům povinností, tedy fyzickým a právnickým osobám, které jsou v systému krizového řízení v demokratickém právním státu chápány ve dvou rovinách (jsou jednak „předmětem“ ochrany, ale současně je na ně kladena povinnost účastnit se na zmírňování následků krizových situací), specifické postupy předvídané českým právním řádem pro řešení krizových situací. Ze strany krizových orgánů jim tak mohou být stanovovány povinnosti a omezována základní práva a svobody⁵, protože potřebné efektivitu krizových opatření lze většinou dosáhnout jen na úkor dočasného zásahu do základních práv a svobod. Listina stanovuje podmínky, za kterých může státní moc základní práva a svobody omezit. Základním pravidlem pro omezení základních práv a svobod je tzv. výhrada zákona.⁶

Zvláštní zákony takový zásah umožňují v nezbytně nutném rozsahu a za stanovených podmínek. Tato konstrukce vychází z předpokladu, že je preferován zájem na ochraně života, zdraví a majetku před zájmem nepřipustit ani dočasné omezení některých základních práv a svobod garantovaných Listinou. Tak např. za trvání nevojenských krizových stavů (nouzový stav, stav ohrožení státu) může hejtmán pracovním příkazem nařídít fyzické osobě pracovní povinnost. Nebude se přitom jednat o nucenou práci či službu ukládanou v rozporu s čl. 9 Listiny, nýbrž po právu, v souladu s ustanovením odst. 2 tohoto článku, tedy o službu vyžadovanou na základě zákona v případě živelních pohrom, nehod, nebo jiného nebezpečí, které ohrožuje životy, zdraví nebo značné majetkové hodnoty. Za trvání krizových situací však budou osoby omezovány i ve

⁴ Krizový zákon doznal k 1. lednu 2011 několika změn, které přineslo nabytí účinnosti zákona č. 430/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení a o změně některých zákonů (krizový zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „novela“). Klíčovým důvodem pro vypracování této novely byla nutnost zapracovat do českého právního řádu Směrnice Rady Evropské unie č. 2008/114/ES ze dne 8. prosince 2008 o určování a označování evropských kritických infrastruktur a posuzování potřeby zvýšit jejich ochranu.

⁵ Použití těchto krizových opatření je předvídáno také např. v dokumentaci krizového plánování, k této problematice blíže viz HORÁK, R. et al. Průvodce krizovým řízením pro veřejnou správu. Praha : Linde Praha, a. s., 2011.

⁶ viz článek 4 odst. 2 ve spojení s čl. 2 Listiny základních práv a svobod

výkonu dalších základních práv a svobod, které souvisejí s účastí osob na správě veřejných věcí či vyjadřováním postojů a stanovisek při výkonu veřejné moci.

3. Participace osob na veřejných věcech za krizových situací

Mezi základní ústavní principy v ČR patří právo občanů účastnit se (spoluúčastnit se) na správě věcí veřejných. V souladu s ustanovením čl. 21 Listiny mají občané právo se podílet na správě veřejných věcí přímo nebo svobodnou volbou svých zástupců.

Volby představují v demokratickém právním státě mechanismus, na jehož základě občané delegují své zástupce do politiky, přičemž vítěz voleb, získává právo rozhodovat o zásadních věcech dotýkajících se všech obyvatel. Za krizových stavů ovšem může docházet k situacím, kdy volby nebude možné provést. Ústavní zákon o bezpečnosti proto umožňuje v čl. 10 prodloužení volebního období. Této praxe lze využít jak v případě vojenských krizových situací, tak za nevojenských krizových situací. Nutnou podmínkou je, aby byl v ČR vyhlášen některý z vyšších krizových stavů (neuplatní se tedy při vyhlášení stavu nebezpečí jako nejnižšího nevojenského krizového stavu). Jestliže tedy po dobu nouzového stavu, stavu ohrožení státu nebo válečného stavu podmínky na území ČR neumožní konat volby ve lhůtách, které jsou stanoveny pro pravidelná volební období, lze tyto lhůty prodloužit. Bude se tak činit zákonem a lhůta bude prodloužena nejdéle o šest měsíců. K tomuto nutno ještě učinit poznámku, že ústavní zákon o bezpečnosti explicitně nevylučuje možnost opakovaného prodloužování, dále ani nevymezuje, u kterých voleb lze tohoto postupu využít (patrně tedy jak u voleb do obecních a krajských zastupitelstev, do dolní i horní komory Parlament, do Evropského Parlamentu či prezidenta republiky).

K legálním formám občanské participace patří také přímá účast veřejnosti na rozhodování a vyjadřování stanovisek a postojů, zejména uplatněním petičního práva, shromažďovacího a sdružovacího práva a účast v místní a krajském referendu.

Petiční právo, jedna ze záruk zákonnosti ve veřejné správě, je zaručeno každému čl. 18 Listiny. Na jeho základě se občané mohou obracet na státní orgány a orgány územní samosprávy a sdělit jim své požadavky, návrhy či stížnosti. S peticí se může na orgány státu nebo územní samosprávy obrátit podle zákona č. 85/1990 Sb., o právu petičním, ve znění pozdějších předpisů, buď jednotlivý občan, nebo mohou občané sestavit petiční výbor. Pro výkon tohoto práva není výslovně stanoveno omezení za trvání krizových stavů.

Právo svobodně se sdružovat, vytvářet spolu s jinými spolky, společnosti a sdružení je ústavně garantováno čl. 20 Listiny. Jde o ústavní záruku vytvářet sdružení ať už v podobě institucionalizované, tj. jako právnickou osobu

s vlastní subjektivitou či naopak jako neformální sdružení právním řádem neupravené a jako nový samostatný subjekt práva tedy nevznikající.⁷ Specifickými případy uplatňování práva sdružovacího je sdružování v politických stranách a politických hnutích, sdružování v církvích a sdružování v odborech. Zákon č. 83/1990 Sb. o sdružování občanů, ve znění pozdějších předpisů, který blíže upravuje sdružování občanů žádná výslovná omezení za trvání krizových stavů, rovněž nestanovuje.

Jinak tomu je v případě účasti na veřejných věcech a projevech názorů na shromážděních. Uplatnění shromažďovacího práva je zakotveno v čl. 19 Listiny. Toto ustanovení předvídá možnost omezení výkonu tohoto práva zákonem, v případech shromáždění na veřejných místech, jde-li o opatření v demokratické společnosti nezbytná pro ochranu práv a svobod druhých, ochranu veřejného pořádku, zdraví, mravnosti, majetku nebo pro bezpečnost státu. Konkrétně pak zákon krizový zákon v ustanovení § 5 písm. d) umožňuje omezit právo pokojně se shromažďovat ve vymezeném prostoru území ohroženého nebo postiženého krizovou situací. Toto ustanovení tak za trvání vyšších nevojenských krizových stavů, tedy za nouzového stavu a stavu ohrožení státu, umožňuje zásah do výkonu tohoto práva. Podobně zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky, ve znění pozdějších předpisů, v ustanovení § 53 odst. 1 upravuje pravomoc v nezbytně nutné míře omezit svobodu pohybu a pobytu a práva pokojně se shromažďovat jako prostředku k zajištění obrany státu za stavu ohrožení státu nebo za válečného stavu. Odst. 3 výše uvedeného ustanovení dále stanovuje, že omezení práva pokojně se shromažďovat spočívá v povinnosti uposlechnout zákaz svolávání shromáždění na veřejném prostranství včetně pouličních průvodů a manifestací.

Na první pohled umožňuje zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky, ve znění pozdějších předpisů, omezit pouze svobodu pohybu a pobytu a právo pokojně se shromažďovat. Nicméně na základě ustanovení § 53 odst. 6 lze omezit i jiná lidská práva, pokud to připouštějí smlouvy o lidských právech a základních svobodách, jimiž je Česká republika vázána.

Typickou legální formu občanské participace bezesporu představuje místní a krajské referendum. Problematika referenda je v současné době právně upravena zákonem č. 22/2004 Sb., o místním referendu a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a zákonem č. 118/2010 Sb., o krajském referendu a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Podle tohoto zákona referendem rozhodují oprávnění občané formou souhlasu či nesouhlasu o konkrétně položených otázkách, které patří do samostatné působnosti obce nebo statutárního města, resp. kraje.

⁷ BARTOŇ, M. Právo sdružovací. In KLÍMA, K. et al. Encyklopedie ústavního práva. Praha : ASPI, a.s., 2007. s. 485 – 486.

Ustanovení § 5 odst. 2 těchto zákonů shodně upravují, že na území, na kterém se má místní referendum konat, resp. v kraji, v němž se má krajské referendum konat, se po dobu trvání stavu nebezpečí, nouzového stavu, stavu ohrožení státu nebo válečného stavu běh lhůt podle tohoto zákona přerušuje a místní (krajské) referendum nekoná. Den konání místního referenda stanoví zastupitelstvo obce, zastupitelstvo města, zastupitelstvo městské části nebo zastupitelstvo městského obvodu nebo zastupitelstvo statutárního města a zastupitelstvo hlavního města Prahy tak, aby se konalo nejpozději do 90 dnů po ukončení krizového stavu. Obdobně den konání krajského referenda stanoví zastupitelstvo kraje tak, aby se konalo nejpozději do 90 dnů po ukončení krizového stavu.

Závěr

Výkon veřejné správy na úseku bezpečnostní správy, konkrétně v oblasti krizového řízení, patří mezi tradiční úseky správního práva. Realizace veřejné správy za trvání krizových stavů má svá specifika. Lze se setkat se zjednodušenými a zrychlenými postupy správních orgánů ve správních procesech, vyloučením aplikace správního řádu nebo stanovováním zvláštních povinností, ukládáním krizových opatření obvykle na úkor dočasného zásahu do základních práv a svobod. Za trvání krizových situací, pokud je vyhlášen krizový stav, lze omezit účast osob na správě veřejných věcí. Český právní řád umožňuje v těchto případech, kdy si krizová situace žádá rychlé a účinné řešení, použít i nestandardních, nicméně zákonem předvídaných postupů, kterými se omezuje výkon základních práv a svobod. Lze se tak setkat s možností prodloužení volebního období a oddálení konání voleb až po skončení krize, omezením práva shromažďovacího či přerušením konání místního či krajského referenda a jeho odložením.

Literature:

- BARTOŇ, M. Právo sdružovací. In KLÍMA, K. et al. Encyklopedie ústavního práva. Praha : ASPI, a.s., 2007. 776 s. ISBN 978-80-7357-295-2.
- HORÁK, R. et al. Průvodce krizovým řízením pro veřejnou správu. Praha : Linde Praha, a. s., 2011. 456 s. ISBN 978-80-7201-827-7.
- MAREŠ, M. Bezpečnost. In ZEMAN, P. Česká bezpečnostní terminologie: Výklad základních pojmů. Brno : Vojenská akademie v Brně, 2003. 156 s.
- SVOBODA, I. et al. Politický extremismus a terorismus jako ohrožení vnitřní bezpečnosti státu. Brno : Univerzita obrany, 2010. 144 s.

- Ústavní zákon č. 2/1993 Sb., o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení a o změně některých zákonů (krizový zákon), ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 22/2004 Sb., o místním referendu a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 118/2010 Sb., o krajském referendu a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů

Contact – email

radim.vicar@unob.cz

WHAT ROLES DO THE HUNGARIAN HUMAN RIGHTS NGOS HAVE IN THE PUBLIC PARTICIPATION IN GOVERNANCE?

EDIT VIGH

Széchenyi István University, Faculty of law, Hungary

Abstract in original language

Az előadásom témája a civil szektornak egy sajátos szegmensét, a jogvédelemmel foglalkozó civil kezdeményezéseket érinti. A civil jogvédő szervezeteknek az a feladatuk, hogy a jogrendszerben jelenlévő problémákra felhívják a figyelmet, beindítsák a jogrendszer korrigáló mechanizmusait, illetve közvetítsék, ismertessék az azokból levonható következtéseket.

A civil szervezetek alapszabályai és az aktivista jogászokkal készített félig strukturált interjúk alapján világosan látszik, hogy három fő tevékenységi körre tudjuk bontani a szervezetek munkáját: jogi reformtevékenység; kommunikációs és köznevelő funkció (például nyilvánossággal kapcsolatos tevékenységek, előadások, honlap); jogsegélyszolgálat és stratégiai pereskedés. Az előadásomban elsősorban a jogi reformtevékenységgel foglalkozom, különös tekintettel a jogszabályalkotásban való társadalmi részvétellel. Céлом, hogy felhívjam a figyelmet a szabályozási anomáliákra, és a gyakorlati problémákra. Arra keresem a választ, hogy a hatályos szabályozás alapján lehetséges-e valós párbeszéd, diskurzus kialakulása a civilek és az állam között.

Key words in original language

jogvédő szervezetek, jogi reform tevékenység, társadalmi részvétel a jogalkotásban

Abstract

In my presentation I am concerned with the activities of Hungarian human rights NGOs and my aim is to find answer to the questions by what means, in what way can these organizations perform their mission, how they could succeed. These organizations have three main groups of activities: legal reform activities, communication and public education activities and legal advice services and strategic litigation. I will discuss these areas separately - with especial regard to the public participation in the act making process - to call attention to certain anomalies of the regulation.

In Hungary a new act has had reference to the public participation in the act writing process since January 1, 2011. I will consider to the weakest parts of this act, which can be criticized.

Key words

human rights NGOs, legal reform activities, public participation in the act making process.

INTRODUCTION

In my study I am concerned with a specific segment of the civil sector, the civil initiations handle with legal protection.

The task of the civil organizations for the defense of rights is to call attention to the problems of the legal system, to get correcting mechanisms of legal system going, or rather to transmit and expound the conclusions drawn from those.¹

The main aim of my presentation is to find answer to the questions by what means, in what way can these organizations perform their mission, how they could succeed.

ABOUT NGOS FOR DEFENSE OF RIGHTS AND CIVIL DEFENDERS OF RIGHTS

First I would like to talk about civil organizations for the defense of rights and civil defenders of rights.

We can distinguish between organizations providing nature (for example educational, health and social organizations belong here) and organizations for the protection of values and interests (for example religious, environmental protection and human rights organizations).² Civil organizations for the defense of rights can be included essentially in the second class.

The activities of civil defenders of rights can be found in those areas where „there is some kind of problem with the legal system”, whether in the area of legislation, either in justice or law enforcement areas.

Numerous expressions for lawyers who take part in this defense sector, and also their activities can be found in literature. For instance "lawyering for the good", "social justice" lawyering, "activist" lawyering, equal justice lawyering, "radical" lawyering, lawyering for social change, "critical" lawyering, "alternative" lawyering, political lawyering. These expressions can be used as synonyms. And these are only generic definitions, as distinguished from the "cause-specific" labels of civil rights, poverty, legal

¹ Csernus Eszter - Földes Ádám: Adatvédelem és információharc két fronton, in Sólyom László (et al.): Tízéves az Adatvédelmi Biztos Irodája, Budapest, 2006. 138. p.

² Lester M. Salamon - S. Wojciech Sokolowski - Regina List: A civil társadalom „világnézetben”. Civitas Egyesület, Budapest, 2003. 18. p.

aid, environmental, labor, death penalty, feminist, disability, and defense lawyering.”³

Máté Szabó has made a similar classification in relation to the post-socialist states. Civil organizations can be found in the following areas:

1. “Women’s rights
2. Minority, ethnic, sexual, disability, patients’, and drug addicts’ rights
3. Rights of those who do not have full civic status, as the rights of people asked for asylum, or rights of illegal migrants, stateless persons, refugees.
4. Protection of those who have “injured” civic status since they are held in totalitarian institutes such as prisons, the military, who are restrained or subjected to forced medication.”⁴

Of course the content of each area is highly complex. For example, the defense of patients’ right may include the patient’s informed consent for treatment, the issue of home birth and the rights of HIV patients. Furthermore, abortion and euthanasia may also be included here.

In connection with the aforementioned list, some important amplifications should be made. The given political and social climate affects on which areas these organizations act, therefore, the aforementioned list should be amplified with rights belonging to the classic civic and political rights, which are consequently primarily those of the freedom of assembly and the freedom of speech.

In the course of investigating the action area, the following question arises: are there still ‘white spots’, areas where de facto active civil organizations for the defense of rights cannot be found? On the basis of conversations with civil defenders of rights, there are three areas of this kind: defense of women’s rights, age discrimination and children’s rights.

Here I would like to refer briefly to the literature concerning the civil society that are calling attention to the notion that although we are saying that the civil sector has developed in the last twenty years, its roots run back to a previous time. In the 19th century in Hungary, civil, voluntary organizations, foundations could be found which fulfilled different social demands. In the state-socialist period only corporations officially approved

³ Menkel-Meadow, Carria: The Causes of Cause Lawyering. Toward an Understanding of the Motivation and Commitment of Social Justice Lawyers, in Sarat, Austin – Scheingold, Stuart (eds): *Cause Lawyering. Political Commitment and Professional Responsibilities*. Oxford University Press, 1998. 33 p-; Pokol, Béla: A perlési politizálás dilemmái. Jogelméleti Szemle 2000/4.

⁴ Szabó Máté: A társadalmi mozgalmak és politikai tiltakozás. Rejtjel Politológia Könyvek 5. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001. 274. p.

by the system could operate, they were financed by public funds and they were closely attached to the party organizations. "In East-Central Europe a lot of people resisted these structures enforced on them. The passivists and the openly dissident worked within the frame of the officially approved organizations (e.g. environmental protection clubs, scouting movements, literary societies), or they established illegal underground organizations for the sake of preserving some form of the cultural, intellectual or political autonomy and integrity." The conception of the civil defense of rights, the importance of the human rights as values should be found at the so called democratic opposition, particularly at the Independent Legal Defense Service. Therefore, it can be said that the civil defense of rights in some kind of form existed in Hungary also prior to the political transformation, it had its roots, moreover, subsequently several person was also transferred to the forming, by that time legal civil sector⁵. Rights defense organizations could emerge from the catacombs and could hereby perform their work more effectively, using their publicity and their audience as a legitimizing force.⁶ The activities of civil organizations were influenced by the Regime-changing, since this change had generated/ brought forth special problems, for instance the issue of compensation, or the issue of retroactive effect.

I would like to make briefly two important clarifications. The first amplification is that in Hungary, the civil sector was roughly developed in the nineties; however a profile purifying process which was carried out has never been finished completely. The transformation of the profile may have several causes:

1. a new social problem appears, which needs the activity of the organizations
2. a competing organization appears on the scene, therefore one of them has to modify its profile
3. the protected group may be altered too. Organizations are always searching for new directions where they can obtain innovation potential.
4. the potential access of competition sources may affect the changing in the profile of the initiation.

The second remark is that if we would like to talk about that human rights watchdog NGOs have an important role in Hungary, we have to make research about lawyers how take part in this sector. The aim of this kind of researches is to find answer to the following questions. Could it be states

⁵ See: Siegel, Daniel –Yancey, Jenny: *A civil társadalom újjászületése. A nonprofit szektor Kelet-Közép-Európában és a nyugati segítségnyújtás szerepe*, RBF, New York, 1992. (Múzsák nyomda, Budapest) 19. p

⁶ Máté Szabó dealt with the professionalization of the civil organizations in several studies. See Szabó, Máté: A katakombákból a professzionizmus felé. *Fundamentum*, 1997/2. 124-127.; Szabó, Máté: *A társadalmi mozgalmak és politikai tiltakozás*. Rejtjel Politológia Könyvek 5. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001.

that in the last 20 years the work of civil defense of rights has become a separate profession, within that it has become an independent legal profession which is separated from other existing professions because of its particular function and performed activity⁷. How can civil defenders of rights be placed within the structure of the legal profession⁸.

LEGAL REFORMS ACTIVITIES

Before concentrating to answer the question mentioned in the title of my presentation, I would like to make a short detour to investigate the groups of activities and tools of the organizations for the defense of rights in generally.

It is worth to highlight when we analyse the tools of an initiation it is important to know how human rights NGOs consider themselves, since their self-identity is determined by the two following roles: the role of defender and the role of improving the law. And I am of the opinion that these have an impact on their strategy, on selection of their tools.

The following areas of activities have been distinguished in the research of Máté Szabó, which was published in 1997:

1. propaganda, education, information, PR, media
2. monitoring, documentation of the infringement, initiation of legal and institutional reforms
3. legal aid services, networking, community building, and charity work
4. organizing protesting action (legal, political, media)
5. joining in international network (streaming of financial sources and information).

I have made a similar classification like the aforementioned list, so on the basis of the fundamental rules of the organizations and the interviews with activist lawyers⁹ it can be clearly seen that three main groups of activities can be distinguished: legal reform activities, communication and public education¹⁰ (for example activities connected with public relations, i.e.

⁷ Vigh, Edit: Definition of the Civil Defense of Right as a Profession. *De iurisprudencia et iure publico*, 2011/1. 218-225. p.

⁸ Vigh, Edit: Recommendations for Emplacing Activist Lawyers in the Legal Profession. *Jogelméleti Szemle*, 2011/1.

⁹ I have visited eleven relevant – acknowledged by the profession – Hungarian organizations for defense of rights where I made semi-structured interviews with altogether 20 lawyers.

¹⁰ This part of the work of the NGOs' is connected to the public, non-profit organizations employ a wide range of strategies to educate the general public on the basic human rights and freedoms and on the critical civil liberties and environmental issues facing our state, our nation.

To achieve this goal, they have a lot of tools and strategies: organize educational and informative activities, organize professional forums, conferences, edit books and other publications (e.g. policy papers), public appearances: media, homepage etc.

publicity, lectures, home page) and legal advice services and strategic litigation¹¹.

On the basis of the statutes of NGOs, it can be stated that the work of the organizations itself is complex. It should be seen too that these three activities cannot be separated from each other because if they would like to achieve results they should handle with all of them, one in itself is not enough.

Legal reform activities include those activities, actions, which aim is to put pressure on the decision makers, who have legislative power in the affected areas (to the legislation, to the ministries e.g.). Their aims are to accept or to follow right statutory trends, which are corresponded with the views, the principles represented by the non-governmental organizations.

It can be stated, that between the parliament and the civil sector there are several kind of forms of the dialogue: public hearing and debates, motions, workshops, organizing open days, participation in the preparation of legislation and contribution to relate parliamentary debates.

In the recent years the media using habits of the NGOs have been extremely changed: they have started to use the media knowingly to achieve their aims, since "If we are well-known, we could put pressure". Let me point out that since the internet became ordinary and world-wide, NGOs prefer this kind of commutation to the printed media, because it is cheaper than that.

I would like to refer briefly to that, that human rights NGOs emphasize the importance to raise the acknowledgment of law and the sense of law. They think it is a big problem that the citizens do not know what are their rights and also do not know what they can do if they become victims of an infringement. It is an important task of the NGOs to edit brochures, publications, handouts, which can clearly explain the basic rules; and they usually go to schools to keep informative lessons etc.

¹¹ The third main activity of the human rights non-profit organizations is to maintain and operate legal aid services, which can be divided into three parts: legal counselling, farming/editing of documentary and legal representation. They aim to correct the wrong application of statutory provisions, and with this (hereby) they could contribute to improve the law.

I would like to refer to that litigation is not always the solution. "The litigation is always the ultima ratio."- said one of the lawyers. On the basis of Lynn C. Jones's research we can establish that it is a fact that activist lawyers always have another think over to take someone to the court (start legal proceedings). For them it is not important "to win a case", the aim of the movement is on the first place. At the same time it is important to know when the lawsuit is the only solution.

PUBLIC PARTICIPATION IN THE ACT MAKING PROCESS

In Hungary there is a legal channel/medium between the NGOs and the governance on the basis of the Constitution. This question is settled by two recent acts (of Parliament): the act CXXX of 2010 on the legislation and the act CXXXI of 2010 on the public participation in the act writing process.

The concerning paragraph of the legislation act:

19 § (2) The preparer of the statutory instrument, according to the act on the public participation in the act writing process, ensures that the bill becomes recognizable and commentable.

As already mentioned above, a new act has had reference to the public participation in the act making process¹² since January 1, 2011.

Let me point out that this act distinguishes between two types of public consultation:

- a) common consultation: consultation by means through the visibility which is given on the home-page
- b) direct consultation: this means a direct opinion process, between the minister (who is responsible for the specific bill) and by individuals, institutions and organizations initiated by him into this consultation.

At first hearing all this may refer to an ideal, a proper state/condition, nevertheless the circumstances are not so simple. We have to consider this as the weakest parts of this act, which can be criticized¹³.

I submit the following main problems regarding the act:

- The effect of this act is overly limited, since it regards merely the bill which has been made by the government offices. Thus it does not regard the bills, which have been made by the committees of the Parliament or the members of the Parliament, the President of the Republic¹⁴. Although many of the bills have been introduced by the government, and this rate goes for the completed bills too. But if we analyze the statistical data for the forms parliamentary term, we find 115 completed bills which have not been introduced by ministries. So

¹² Basically this act lifted over some parts of the former statutory instrument (the act of XC of 2005 on electronic freedom of information), and amplifies with several up-to-date safeguard rules such as the direct participation/consultation, the possibility to remark the problems of the enforcement of the rule.

¹³ In this part of my study I had two starting-points: the act on public participation in the act making process and the opinion of the Hungarian Civil Liberties Union about this act. See it in more details: http://tasz.hu/files/tasz/imce/2011/tasz_allaspont.pdf

¹⁴ The bills which have been made by the President of the Republic are very rare. We know only about three this kind of bills.

it can be stated the 20 per cent of the rules have been made by the committees of the Parliament and the members of the Parliament¹⁵.

- The act allows exception to the consultation in several cases. And the range of the exceptions is wide, and we cannot find any guarantees. We could divide this question into two main groups.
On the one hand we can read in the act the issues which are exceptions to the consultation, these are issues which could jeopardize the defense of the Hungarian Republic. Particularly there are important interests in the areas of national defense, national security, financial, foreign affairs, natural's defense, environmental or heritage defense, respectively. The problems with this are the following. 1. The interests of national security, financial, foreign affairs as exceptions: according to the Hungarian law the completed bills are data of public interest. The act about data defense allows the restriction of the public, but only with the definition of the types of data. But this act does not contain all these. 2. The interest of natural's defense, environmental or heritage defense as exception: these arguments are not incorporated in the act of data defense. Moreover it is contradictory to article 6 of the Aarhus Convention: The public concerned shall be informed, either by public notice or individually as appropriate, early in an environmental decision-making procedure, and in an adequate, timely and effective manner.

On the other hand it is not obligatory to present the bill to public participation procedure, if the urgent passing of that bill is preferential data of public interest: the formulation of the preferential data of public interest is too wide, since it opens the door to a possible wide discretion. And all this could make the whole public consultation to paper law.

- The tenth article of the law does not contain any safeguards regarding to minimum time limit of the consultation.
- We can draw up another anxiety, because the competent minister is responsible for the adherence of the public participation procedure: this is a so called "lex imperfecta", since the law does not contain any sanction for the neglitation of this obligation.
- I would like to refer back to the part of my presentation where I wrote about the types of consultations. I mentioned that one kind of consultations is the direct opinion expressing process between the

¹⁵ See more data and details on the following website:
http://www.mkogy.hu/fotitkar/tvalk/20_beny_tvjav.htm

competent minister and others, including the NGOs. An essential problem with this method is that the ministers have the right to choose the NGOs, which enter into a relation with. Accordingly we cannot find any safeguard, which can prevent the arbitrariness of this sorting.

- The last problem is in connection with the common consultation. According to the law there is no possibility to compel the minister to response separately. It is not known which suggestions have been implemented. An efficient consultation cannot arise between the NGOs and the governance.

These statements have been confirmed by the interviews with activist lawyers. In generally it can be told that most civil defenders of rights are of the opinion that the method of public participation in the governance is not suitable. *"We spend plenty of time with this, however I consider that there are no benefits."* - said one of the activist lawyers.

Another interviewee, who has been working in this sector for more than ten years, composed the following: *"The Legislator leaves the opinions of the NGOs out of consideration, this process is only the surrogate of the democracy. So the governance has already learnt this etiquette, including that it is not allowed to keep offending the civil sector. They really know all that. But they do not know how they can integrate these views; how to establish a true process of the conflict of opinions."*

Several of the interviewees referred to the importance of the informal connections. They consider that this connection could be more effective in several times than the formal way of the participation.

I do not agree with those opinions that civil initiations could be characterized by a certain kind of philanthropist amateurism, so civil organizations for the defense of rights do not possess a high qualified professional apparatus for the bill making process. The lawyers whom I had semi-structured interview with, are all experts at their special fields. They have a thorough knowledge not only of the national practice of law, the national literature but of the foreign literature, trends, and new methods of legal institution as well.

That is why I consider that the aforementioned act is only a symbolic rule. I have to underline again, that this act is a recent act, up to the present facts about its practice, its realization are not known. So we cannot predict the future.

Here I would like to refer briefly to some other tools of legal reform activity. According to the act about the Constitutional Court of the Republic of Hungary, NGOs are able to appeal to the Court on the basis of action of

public interest human rights. Organizations of civil defense of rights are also able to turn to the parliamentary commissioners, or human rights courts.

SUMMARY

In my study I have discussed the civil sector specialized to the defense of rights. I have distinguished three main groups of activities: legal reform activity; functions of communication and public education; legal advice service and strategic litigation. I have discussed the legal reform activities with a special regard to the public participation in the act making process. I have called attention to certain anomalies of the regulation. I do not repeat the abovementioned details I would like only to refer to the fact that there are many problems with the act of public participation. Thus there is no real public consultation, so human rights NGOs can not influence the civil control over the state effectively and successfully in this area. However it would be very important, since the whole civil sector plays a significant role in the development of an efficiently working democracy.

Literature:

- Csernus Eszter - Földes Ádám: Adatvédelem és információharc két fronton, in Sólyom László (et al.): Tízéves az Adatvédelmi Biztos Irodája, Budapest, 2006.
- Lester M. Salamon - S. Wojciech Sokolowski - Regina List: A civil társadalom „világnézetben”. Civitas Egyesület, Budapest, 2003.
- Menkel-Meadow, Carria: The Causes of Cause Lawyering. Toward an Understanding of the Motivation and Commitment of Social Justice Lawyers, in Sarat, Austin – Scheingold, Stuart (eds): *Cause Lawyering. Political Commitment and Professional Responsibilities*. Oxford University Press, 1998.
- Pokol, Béla: A perlési politizálás dilemmái. Jogelméleti Szemle 2000/4.
- Siegel, Daniel –Yancey, Jenny: *A civil társadalom újjászületése. A nonprofit szektor Kelet-Közép-Európában és a nyugati segítségnyújtás szerepe*, RBF, New York, 1992. (Műzsák nyomda, Budapest)
- Szabó, Máté: A katakombákból a professzionizmus felé. *Fundamentum*, 1997/2. 124-127. p
- Szabó, Máté: A társadalmi mozgalmak és politikai tiltakozás. Rejtjel Politológia Könyvek 5. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001.
- Vigh, Edit: Definition of the Civil Defense of Right as a Profession. *De iurisprudentia et iure publico*, 2011/1. 218-225. p.
- Vigh, Edit: Recommendations for Emplacing Activist Lawyers in the Legal Profession. *Jogelméleti Szemle*, 2011/1.
- http://tasz.hu/files/tasz/imce/2011/tasz_allaspont.pdf
- http://www.mkogy.hu/fotitkar/tvalk/20_beny_tvjav.htm
- The act CXXX of 2010 on the legislation

- ☐ The act CXXXI of 2010 on the public participation in the act writing process.

Contact – email:

vighe@szeged.hu

PŘÍMÝ ÚČINEK ČLÁNKU 10A SMĚRNICE EIA

VOJTĚCH VOMÁČKA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita

Abstract in original language

Ve svém příspěvku se zabývám možný přímý účinek článku 10a směrnice v souvislosti s případem Lünen - a to ve vztahu k předchozí judikatuře Soudního dvora Evropské unie a také situaci v České republice.

Key words in original language

Směrnice EIA, přímý účinek, článek 10a, Lünen.

Přímý účinek článku 10a směrnice EIA¹

ÚVOD

Neveliký Lünen v Severním Porýní-Vestfálsku na sebe hned dvakrát v poslední době strhl pozornost. Prvně po oznámení ambiciózního plánu zřídit a provozovat městskou bioplynovou elektrárnu se sítěmi, které by měla zásobovat 26 000 domácností teplem a elektřinou², podruhé v souvislosti s vybudováním uhelné elektrárny Trianel Kohlekraftwerk Lünen o výkonu 750 MW³. Projekt podléhá povinnému posouzení vlivu na životní prostředí. V okruhu 8 km od navrhovaného místa se vyskytuje pět oblastí vyhlášených na základě vnitrostátního práva za chráněnou oblast. V případě bioplynové elektrárny případně Lünenu světové prvenství, v případě elektrárny uhelné se jeho jméno alespoň na několik let zapíše do učebnic unijního práva životního prostředí. Abych vysvětlil, proč tomu tak bude, je nutné začít obecněji.

PŘÍMÝ ÚČINEK

Téměř před padesáti lety položil tehdy Evropský soudní dvůr, dnes Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „ESD“), základ doktríny přímého účinku komunitárního (unijního) práva⁴. Podle ní se může za určitých podmínek

¹ Směrnice ze dne 27. června 1985 o posuzování vlivů některých veřejných a soukromých záměrů na životní prostředí, Úř. věst. 1985 L 175, s. 40; Zvl. vyd. 15/01, s. 248.

² Newnet. *German city to generate energy from waste* [online]. 28. 5. 2009 [citováno dne 12. 4. 2011]. Dostupné na: < <http://www.newenergyworldnetwork.com/renewable-energy-news/by-technology/biofuel-biomass/german-city-to-generate-energy-from-waste.html> >.

³ Uhelná elektrárna v Dětmovicích, která je největší klasickou elektrárnou na Moravě, disponuje výkonem 800 MW.

⁴ Viz *van Gend en Loos*, 26/62; *Francovich*, C-6/90 a C-9/90; *Cinisello Balsamo*, 380/87; *Difesa della Cava* C-236/92.

jednotlivec domáhat odpovědnosti státu vyplývající z nesplnění jeho povinnosti řádně a plně implementovat unijní právo (směrnici). Podmínkou je, aby již uplynula lhůta pro transpozici do vnitrostátního práva, aby členský stát směrnicí netransponoval nebo transponoval nesprávně, aby příslušné ustanovení směrnice stanovilo jasnou a bezpodmínečnou⁵ povinnost členského státu. Přímý účinek směrnice může být jen vertikální vzestupný, jednotlivec se tedy může na základě přímo účinné směrnice dovolat svého práva vůči členskému státu, nemůže mu být směrnicí přímo uložena žádná povinnost. Členský stát, který ve stanovené lhůtě neprovedl směrnici, se nemůže dovolávat tohoto porušení vlastní povinnosti vůči jinému subjektu. Postupem času ESD koncept přímého účinku uvolnil tak, že nejpodstatnější je, zda posuzovaná právní norma umožňuje soudu její aplikaci, aniž by soud musel překročit své pravomoci. Mezinárodní smlouvy, které mají tuto vlastnost, bývají označovány jako *self-executing* (přímo aplikovatelné).

Přímý účinek právní normy dovozují zásadně nejvyšší soudy členských států, případně ESD. Dopad rozhodnutí tak může být rozdílný, kdy jsou výkladem vázány (přímo či nepřímo) pouze soudy jednoho členského státu, nebo jsou jimi vázány všechny členské státy při výkladu unijních směrnic. To pochopitelně ústí v politický rozměr pokládání předběžných otázek ohledně přímého účinku ustanovení unijních směrnic. Podobně jako se vžil usus neiniciovat řízení před ESD proti jinému členskému státu, tak zpravidla v době, kdy je vznesena otázka přímého účinku, panuje již obecná shoda na jejím řešení nejen mezi akademiky, ale i mezi soudy členských států⁶. V souladu s teorií *acte clair*, tzn. je-li ustanovení komunitárního (unijního) práva jasné a nejsou tak rozumné pochybnosti ohledně jeho platnosti a výkladu, si členské státy dovodí, že předkládací povinnost neexistuje. I v takovém případě se může objevit stát, podle jehož vnitrostátního práva zde jsou důvodné pochybnosti o aplikovatelnosti příslušného ustanovení – a předběžnou otázku položí.⁷ ESD však následně nerozhoduje pouze v režimu *ano/ne*, ale mnohdy přidává další rozměr, *jak* (enforcement), tedy zejména vymezuje cíle směrnice, jež jsou členské státy povinny při výkladu vnitrostátního práva v co největším možném rozsahu zohlednit. Každé rozhodnutí ESD v oblasti práva životního prostředí, kdy je posuzována možnost přímého účinku, je očekáváno s velkým napětím. I zdánlivě

⁵ ESD ve věci *Gassmayr* uvedl, že „[u]stanovení práva Unie je bezpodmínečné, jestliže ukládá povinnost, která není vázána na žádnou podmínku, a ani při svém výkonu, ani ve svých účincích není podmíněna žádným aktem ze strany orgánů Unie nebo členských států.

⁶ K otázce, zda rozhodnutí ESD o předběžné otázce se striktně vztahuje svými účinky pouze na příslušnou konkrétní kauzu, nebo zda má širší platnost viz Michal Bobek, Jan Komárek. Koho vážou rozhodnutí ESD o předběžných otázkách: 1. část. Právní rozhledy. 2004. č. 19, s. 697 - 706.

⁷ Přes obecnou shodu o tom, že ustanovení Aarhuské úmluvy nemají přímý účinek, vzneslo Slovensko předběžnou otázku, o které bude řeč později. A přímý účinek Aarhuské úmluvě dokonce přiznalo Estonsko, Rumunsko či Španělsko.

„nenápadná“ rozhodnutí mohou právě vymezením jak přinést významné změny v zajišťování ochrany životního prostředí, a to nejen z pohledu hmotněprávního, nýbrž i procesněprávního.

Typickým je v tomto směru rozhodnutí ESD o předběžné otázce ve věci *Janecek v. Freistaat Bayern* (96/62/ES), které se týká výkladu čl. 7 odst. 3 směrnice Rady 96/62/ES, o posuzování a řízení kvality vnějšího ovzduší⁸. Předběžná otázka byla podána v rámci sporu mezi Dieterem Janeckem a Freistaat Bayern ve věci návrhu, aby bylo Freistaat Bayern uloženo vypracovat akční plán pro kvalitu ovzduší v oblasti Landshuter Allee v Mnichově, kde má pan Janecek bydliště. Zde nebyl závěr ESD o přímém účinku posuzovaného ustanovení, které ukládá povinnost vypracovat emisní plán, nijak překvapivý, a ESD jen těžko mohl ustoupit ze směru vymezeného vlastní předchozí judikaturou⁹. Odpověď na otázku, kdo se může dovolávat ustanovení článku 7 odst. 3 směrnice 96/62 před národními soudy, tedy jak bude přímý účinek posuzovaného ustanovení prakticky prosazován, však poměrně překvapivá je. Běžně, jedná-li se o otázku procesního práva, ponechává ESD její řešení na soudech členských států.¹⁰ Přitom požaduje v zásadě dodržení dvou požadavků – procesní pravidla nesmí znevýhodňovat případy s komunitárním (unijním) rozměrem vůči ostatním případům, procesní pravidla také nesmí být nesplnitelná, nedosažitelná, výrazně nepřiměřená¹¹. Klíčovým v rozhodnutí Dieter Janecek je jeho odst. 39:

„Z výše uvedeného vyplývá, že fyzické či právnické osoby přímo dotčené rizikem překročení výstražných prahových hodnot nebo mezních hodnot musí mít možnost od příslušných orgánů požadovat, případně s pomocí příslušných soudů, aby byl vypracován akční plán, jestliže takové riziko existuje.“

⁸ Článek 7 směrnice 96/62, nazvaný „Zlepšování kvality vnějšího ovzduší – Obecné požadavky“, stanoví:

„1. Členské státy učiní nezbytná opatření k zajištění dodržování mezních hodnot.

[...]

3. Členské státy vypracují akční plány, v nichž uvedou krátkodobá opatření, která mají být přijata

[uvedou opatření, která mají být přijata v krátké době] v případě rizika překročení mezních hodnot nebo

výstražných prahových hodnot s cílem snížení tohoto rizika a zkrácení doby trvání takové situace [...]

⁹ Především Kraaijeveld (C-72/95) a Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee (C-127/02)

¹⁰ Viz např. *Rewe*, C-33/76.

¹¹ Srovnej s C-361/88, *Komise v. Německo*.

Otázku, zda by byl pan Dieter Janecek aktivně legitimován k podání žaloby i dle vnitrostátní právní úpravy, rozhodnutí ESD v jeho věci logicky neřeší. Na německou procesní úpravu se podíváme později, v souvislosti s případem *Lünen*. Ovšem dle rozhodnutí ESD „*musí mít možnost od příslušných orgánů požadovat, případně s pomocí příslušných soudů*” – tedy mi vychází, že aktivně legitimován bude bez ohledu na vnitrostátní procesní úpravu (samozřejmě se dostáváme k otázce interpretace přímého dotčení unijním/národním právem, ale to je podružné). Ještě zajímavější je pak otázka aktivní legitimace právnických osob.

Ludwig Krämer při své přednášce o Aarhuské úmluvě v roce 2007 v Kroměříži projevil názor, že lze polemizovat o přesvědčení, které sdílí velká většina členských států, tedy že regulace přístupu k vnitrostátním soudům je výlučně v jejich kompetenci jako vyjádření principu *subsidiarity*. Uváděl trochu nadnesený, nicméně velice trefný příklad: Chemická továrna české společnosti, která vyrábí pesticidy, vypouští do české řeky znečištěnou vodu. Unijní orgány se o tom dozví a vyhodnotí jednání společnosti jako porušující ustanovení unijních právních předpisů. Nevládní organizace nemají žádnou obranu proti takovému jednání, unijní orgány zase nemohou soudit společnost, pouze využít donucovacích nástrojů vůči členskému státu, až nakonec celá věc skončí u ESD, kde se prokáže, že Česko nerespektovalo unijní právní úpravu a nezavedlo opatření nutná k prosazení cílů směrnice. Pokud se stejná společnost tajně domluví s rakouskou společností, aby zvýšila cenu pesticidů na trhu, Komise může poslat inspektory, kteří vyslechnou svědky, zajistí dokumenty a provedou šetření na místě – a Komise může obě společnosti sankcionovat, neboť porušily unijní soutěžní regulace. Proti tomuto rozhodnutí může potrestaná společnost hledat ochranu před nezávislým soudem. Souvislost je zde zjevná - v jednom případě chce společnost profitovat z protiprávního kartelu a může být pokutována, ve druhém případě poškozují životní prostředí, ovšem souzena být nemůže.

Nedávno ESD v rozsudku ve věci *Lesoochránárske zoskupenie VLK* (C-240/09), kdy se zabýval možným přímým účinkem článku 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy (účast na správním řízení), konstatoval, že toto ustanovení neobsahuje žádnou jasnou a přesnou povinnost, která by mohla přímo upravovat právní situaci jednotlivců. Vzhledem k tomu, že pouze osoby z řad veřejnosti splňující kritéria, pokud jsou nějaká stanovena ve vnitrostátním právu, mají práva stanovená v uvedeném čl. 9 odst. 3, závisí provedení a účinky tohoto ustanovení na vydání pozdějšího aktu: „*Je tedy na předkládajícím soudu, aby vyložil procesní právo upravující podmínky, které je nutno splnit pro účely podání správního opravného prostředku nebo žaloby, způsobem, který v co největším možném rozsahu zohlední cíle čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy, jakož i cíl účinné soudní ochrany práv poskytnutých právem Unie, aby taková organizace na ochranu životního prostředí, jako je zoskupenie VLK, mohla soudně napadnout rozhodnutí vydané v rámci správního řízení, které by mohlo být v rozporu s právem*

Unie v oblasti životního prostředí. “ESD tedy došel k závěru, že ustanovení článku 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy přímý účinek přiznat nelze. Zajímavé je však již znění předložené otázky. V ní se totiž Nejvyšší soud Slovenské republiky ptá, zda lze článku 9 Aarhuské úmluvy ze dne 25. června 1998, zejména jeho odstavci 3, přiznat přímý účinek. Polská vláda a vláda Spojeného království tvrdila, že otázky jsou přípustné pouze v části, ve které se týkají ustanovení uvedených v čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy, a ve zbývajících částech jsou nepřipustné, neboť požadovaný výklad práva Unie nemá žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení. ESD jako odpověď na tuto argumentaci konstatoval, že položené otázky se v podstatě týkají jen čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy a jiných odstavců tohoto článku se netýkají.¹²

Generální advokátka Eleanor Sharpston ve svém stanovisku¹³ k tomuto případu poukazuje na to, že před předkládajícím soudem se Lesoochranské zoskupenie dovolávalo rovněž ustanovení článku 9 odst. 2 Aarhuské úmluvy (soudní přezkum). A dodává, že rozsah působnosti čl. 9 odst. 2 je totožný s rozsahem působnosti směrnice EIA a směrnice o integrované prevenci a omezování znečištění¹⁴ (která působí nezávisle na směrnici EIA a nebrání v jejím uplatňování). To podle ní znamená, že prostřednictvím ustanovení čl. 10a směrnice EIA a čl. 15a směrnice 96/61 byl čl. 9 odst. 2 zcela začleněn do práva EU, tedy Soudnímu dvoru nepřísluší zabývat se jeho možnou přímou aplikovatelností. Svůj názor podporuje odkazem na znění bodů 10 a 11 odůvodnění směrnice 2003/35. Podle generální advokátky tak otázka, zda má článek 9 odst. 2 přímý účinek, za těchto okolností nevystává¹⁵. S tímto názorem je možné polemizovat, neboť množina rozhodnutí vymezená čl. 6 Aarhuské úmluvy přesahuje množinu rozhodnutí vydávaných v procesech EIA a IPPC, taková polemika však přesahuje rozsah tohoto příspěvku¹⁶.

¹² Para 26

¹³ Shoduje se se závěrem, že článek 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy nemá přímý účinek.

¹⁴ Směrnice 96/61 ze dne 24. září 1996 o integrované prevenci a omezování znečištění (Úř. věst. 1996 L 257, s. 26; Zvl. vyd. 15/03, s. 80 (dále jen “96/61”))

¹⁵ Pouze upozorňuji, že Sharpston rozlišuje pojem „přímý účinek“, který znamená, že se jednotlivec může dovolávat ustanovení před vnitrostátním soudem, zatímco pojem „přímá použitelnost“ znamená, že je dohoda „automaticky použitelná“ bez toho, aby bylo nutné přijmout k jejímu provedení právní předpis na úrovni Evropské unie nebo na vnitrostátní úrovni.

¹⁶ Srov. zejm. podmínky pro vyčlenění projektů z působnosti směrnice EIA a negativní vymezení rozhodnutí v čl. 6 odst. 1 písm. c) Aarhuské úmluvy a rovněž judikaturu ESD k přímému účinku ustanovení čl. 2 odst. 1 ve spojení s čl. 4 odst. 2 směrnice EIA (např. Komise v. Belgie, C - 133/194, para 42) a její dopad na vymezení projektů v přílohách I a II směrnice EIA.

Lze shrnout, že pravomoc ESD rozhodnout o možném přímém účinku článku 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy založila neexistence unijní úpravy vycházející z tohoto ustanovení. Článek 9 odst. 3 byl proveden do práva EU pouze ve vztahu k orgánům EU¹⁷ a dosud neexistuje opatření EU, kterým by byly obdobné povinnosti začleněny do vnitrostátních právních řádů členských států. V případě článku 9 odst. 2 se ESD vyhnul přímé konfrontaci, z názoru generální advokátky je zřejmé, že povinnost přijetí opatření nutných pro začlenění čl. 9 odst. 2 Aarhuské úmluvy do práva Společenství (Unie) byla splněna přijetím směrnice 2003/35¹⁸, tedy tím, že do směrnice EIA byl vložen článek 10a a do směrnice 96/61 vložen článek 15a. Nelze tedy očekávat ze strany Evropské unie žádná další opatření k začlenění čl. 9 odst. 2 Aarhuské úmluvy do unijního práva. Pochopitelně se tím z pohledu přístupu veřejnosti k soudní ochraně zvyšuje důležitost článku 10a směrnice EIA a článku 15a směrnice 96/61.

PŘÍPAD LÜNEN

Po pěti měsících a jednom dni vydává Eleanor Sharpston stanovisko ve věci *Trianel Kohlekraftwerk Lünen* (C-115/09), ve kterém odpovídá na otázky¹⁹ výkladu článku 10a směrnice EIA, který stanoví, že „členské státy zajistí (...), aby příslušníci dotčené veřejnosti, kteří (...) namítají porušování práva v případech, kdy to správní řád členského státu požaduje jako předběžnou

¹⁷ Nařízení 1367/2006

¹⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/35/ES ze dne 26. května 2003 o účasti veřejnosti na vypracovávání některých plánů a programů týkajících se životního prostředí a o změně směrnic Rady 85/337/EHS a 96/61/ES, pokud jde o účast veřejnosti a přístup k právní ochraně (Úř. věst. 2003 L 156, s. 17; Zvl. vyd. 15/07, s. 466).

¹⁹ 1) Vyžaduje článek 10a směrnice EIA, aby nevládní organizace, které chtějí podat žalobu k soudům členského státu, jehož procesní správní právo vyžaduje, aby žalobce namítal porušení práva, měly možnost uplatňovat porušení jakéhokoli předpisu v oblasti životního prostředí, který je relevantní pro schvalování záměru, tedy i předpisů, které mají sloužit výhradně obecným zájmům a nejsou ani zčásti určeny k ochraně právních zájmů jednotlivců? 2) V případě, že na první otázku nelze bez výhrad odpovědět kladně: Vyžaduje článek 10a směrnice EIA, aby nevládní organizace, které se domáhají přístupu k soudům členského státu, jehož procesní správní právo vyžaduje, aby žalobce uplatňoval porušení práva, mohly založit svou argumentaci na porušení právních předpisů v oblasti životního prostředí týkající se schvalování záměrů, jež jsou přímo odvozeny od práva Společenství nebo které provádí právní předpisy Společenství do vnitrostátního práva, tedy i takových předpisů, které mají sloužit výhradně obecným zájmům a nejsou ani zčásti určeny k ochraně právních zájmů jednotlivců? a) Pokud otázka 2 bude v zásadě vyžadovat kladnou odpověď: Mají právní předpisy Společenství v oblasti ochrany životního prostředí splňovat určité obsahové požadavky, aby mohly být právním základem žaloby? b) V případě kladné odpovědi na otázku 2 a) O jaké obsahové požadavky (například přímý účinek, cíl ochrany nebo účel právního předpisu) se jedná? 3) V případě kladné odpovědi na otázku 1 nebo 2: Přiznává směrnice přímo nevládním organizacím podporujícím ochranu životního prostředí právo na přístup k soudům, který jde nad rámec vnitrostátního práva?

podmínku (...) měli možnost dosáhnout přezkoumání soudem (...)“. Není to přitom poprvé, kdy se generální advokátka Sharpston vyjadřuje k povaze ustanovení čl. 10a směrnice EIA. Již ve stanovisku k věci *Djurgården*²⁰ vyjádřila názor, že tento článek nevládním organizacím podporujícím ochranu životního prostředí, které splňují definici v čl. 1 odst. 2 uvedené směrnice, poskytuje automatický *locus standi* před vnitrostátními soudy. Argumentovala tím, že článek 10a výslovně stanoví, že mají „práva, která mohou být porušována“ nebo „zájem“, který je považován za „dostatečný“. Podle jejího názoru to jasně prokazuje, že nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí mají výjimečně výsadní postavení. Právo na přístup k právní ochraně je podle ní přiznáváno „v souladu s [...] vnitrostátním právním řádem“ neznamená, že členské státy mají dodatečný prostor pro uvážení při provádění uvedeného ustanovení. Taková formulace slouží pouze ke zdůraznění skutečnosti, že přístup k právní ochraně se uplatní v procesním rámci každého členského státu. Soudní dvůr však rozhodoval věc na užším základě a spokojil se s vyjádřením, že podle znění samotného ustanovení tak musí mít možnost dosáhnout tohoto přezkumu osoby, které v rámci dotčené veřejnosti buď mají dostatečný zájem, nebo, pokud to vnitrostátní právní předpisy požadují, poukazují na to, že některá z činností spadajících pod směrnici EIA zasahuje do jejich práv. Každá nevládní organizace, která je činná ve prospěch ochrany životního prostředí a splňuje podmínky, které mohou být požadovány podle vnitrostátního práva, odpovídá kritériím dotčené veřejnosti oprávněné dosáhnout přezkoumání soudem, stanoveným v článku 1 odst. 2 směrnice EIA ve spojení s jejím článkem 10a.²¹

Sharpston, bývalá vyučující z Cambridge University, která teprve před pěti lety nahradila u ESD Francise Jacobse, tak hraje významnou roli při posuzování šíře přístupu k soudní ochraně životního prostředí. Symbolický je přitom její britský původ – právě na ostrovech se pravidla pro *locus standi* nevládních organizací v posledních letech uvolnila po tvrdých bitvách se silnými zájmovými skupinami.

²⁰ *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening* (C-263/08, Sb. rozh. s I-9967).

²¹ Na předložené otázky pak ESD ve vztahu ke článku 10a odpověděl takto: „Osoby z řad dotčené veřejnosti ve smyslu čl. 1 odst. 2 a článku 10a směrnice 85/337, ve znění směrnice 2003/35, musí mít možnost dosáhnout přezkoumání rozhodnutí, kterým soud, který je součástí soudní soustavy členského státu, rozhodl o žádosti o povolení záměru, bez ohledu na to, jakou roli mohly mít v projednávání uvedené žádosti díky své účasti v řízení před uvedeným soudem a možnosti uplatnit při té příležitosti své stanovisko. Článek 10a směrnice 85/337, ve znění směrnice 2003/35, brání ustanovení vnitrostátních právních předpisů, které vyhrazuje právo podat opravný prostředek proti rozhodnutí o činnosti, která spadá do rozsahu působnosti této směrnice, pouze sdružením na ochranu životního prostředí, která mají alespoň 2000 členů.“

Ve věci *Trianel Kohlekraftwerk Lünen* je projednávána žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen. Týká se nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí, která usiluje o soudní přezkum správního rozhodnutí, které může životní prostředí ovlivnit. z povahy návrhu na soudní přezkum Sharpston usuzuje, že nevládní organizace chce v podstatě jednat jménem samotného životního prostředí. Podle německého práva musí subjekt, který chce podat návrh na soudní přezkum, uplatňovat porušení subjektivních práv (Schutznormtheorie, Impairment of rights doctrine). Předkládající soud žádá o výklad článku 10a směrnice, tedy zda toto ustanovení poskytuje nevládním organizacím podporujícím ochranu životního prostředí právo podat žalobu k vnitrostátním soudům bez povinnosti prokazovat nebo uplatňovat porušení subjektivního práva.

Poté, co okresní správa Arnsberg vydala společnosti Trianel předběžné rozhodnutí a dílčí povolení záměru, podala nevládní organizace na ochranu životního prostředí, známá jako Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen e.V. (dále jen „BUND“²²), návrh, ve kterém požadovala zrušení předběžného rozhodnutí a povolení. Tvrdí, že předběžné rozhodnutí a povolení obsahují formální a věcné chyby a tvrdí, že záměr porušuje zásady ochrany a prevence stanovené předpisy na ochranu proti znečišťování a požadavky zákonů na ochranu vody a přírody. Podle soudu nebyl k podání žaloby oprávněn, protože nenamítal porušení subjektivních práv, které je v německém právu požadováno pro aktivní legitimaci. Nicméně předkládající soud má pochybnosti ohledně toho, zda německý požadavek, podle kterého nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí musejí namítat porušení práva v takovém smyslu, je sám slučitelný s evropským právem, konkrétně s článkem 10a směrnice EIA.

Jako jádro problému Sharpston identifikuje otázku, o jakém druhu „práva“ mohou nevládní organizace na ochranu životního prostředí tvrdit, že bylo porušeno? Poskytuje článek 10a v této souvislosti členským státům prostor pro omezení práv, jejichž porušování se lze domáhat, na subkategorii (tedy na subjektivní práva jednotlivců)? Uvádí, že nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí mají mít širší aktivní legitimaci než jednotlivci. Jako výkladového vodítka užívá třetího odstavce článku 10a. Ten se vztahuje stejně na nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí v právních řádech, ve kterých je aktivní legitimace přiznávána na základě kritéria a) uvedeného v prvním odstavci, jako na ty, jejichž procesní legitimace je přiznávána na základě kritéria b). Neplatí tedy, že nevládním

²² BUND je sdružením uznaným podle § 3 UmwRG (ustanovení, které specifikuje „požadavky vnitrostátního práva“, jež musejí nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí splňovat pro účely čl. 1 odst. 2 směrnice EIA).

organizacím podporujícím ochranu životního prostředí přiznává práva nebo zájem, nýbrž tak, že stanoví, že za předpokladu splnění veškerých požadavků stanovených vnitrostátním právem nutně splňují požadavek dostatečného zájmu, případně práv, k jejichž porušení může dojít. Proto jsou vzhledem ke kritériu a) všechny nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí považovány za organizace mající dostatečný zájem na tom, aby měly přístup k soudnímu přezkumu nebo jinému nezávislému a nestrannému orgánu. Nemusí činit nic proto, aby prokázaly, že takový zájem mají, ale je s nimi zacházeno tak, jako by takový zájem skutečně prokázaly. Mají tak aktivní legitimaci ke zpochybnění hmotné nebo procesní legality všech rozhodnutí, aktů nebo nečinnosti, které spadají do působnosti směrnice EIA. Stejně tak tomu zajisté musí být v případě, že se jedná o kritérium v písmenu b). Nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí musejí mít stejný neomezený přístup k přezkumu bez ohledu na to, které kritérium členský stát používá. Pokud by tomu tak nebylo, členské státy, které používají kritérium b), by měly více prostoru pro upírání aktivní legitimace jiným nevládním organizacím podporujícím ochranu životního prostředí než členské státy uplatňující kritérium a), což by s sebou neslo významné rozdíly v přístupu k právní ochraně mezi členskými státy. Efektivita směrnice EIA jako nástroje zaručujícího řádné zkoumání záměrů s významným potenciálním dopadem na životní prostředí by byla oslabena a rozdíly by mohly mít podstatný vliv na umísťování záměrů, zejména v příhraničních oblastech.

Správný výklad je proto podle názoru generální advokátky takový, že v členském státě, který používá kritérium b) v prvním odstavci článku 10a, třetí odstavec uvedeného článku znamená, že členský stát musí zajistit, aby nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí mohly „namítat porušení práva“, a tedy, že vnitrostátní systém musí uznávat, že mají „právo“, které může být porušeno, i kdyby takové právo bylo ve vnitrostátním právním řádu, který jinak uznává pouze subjektivní práva jednotlivců, fiktivní. Z toho vyplývá, že vnitrostátní právní pravidlo, na jehož základě musí být nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí, která chce napadnout rozhodnutí, jež může mít vliv na životní prostředí, schopna namítat porušení subjektivního práva jednotlivce k tomu, aby měla *locus standi*, není slučitelné s článkem 10a směrnice EIA.²³

Mezi dalšími argumenty pro svůj závěr odkazuje Sharpston na cíle Aarhuské úmluvy, konkrétně bod 18 její preambule, který uvádí, že „veřejnosti, včetně organizací, [mají být] dosažitelné účinné soudní mechanismy, aby tak byly chráněny jejich oprávněné zájmy a právo bylo prosazováno“. Třetí bod odůvodnění směrnice 2003/35 pak odkazuje na „zvýšení zodpovědnosti [...] rozhodovacího procesu“ a uvádí, že „[ú]čast veřejnosti, včetně účasti sdružení, organizací a skupin, zejména nevládních

²³ Para 62 - 68

*organizací na ochranu životního prostředí, by proto měla být podporována.*²⁴

Uzavírá, že článek 10a směrnice EIA požaduje, aby nevládním organizacím podporujícím ochranu životního prostředí, které chtějí podat žalobu k soudům členského státu, ve kterém správní procesní právo požaduje, aby se žalobce domáhal porušení práva, musí být umožněno tvrdit, že došlo k porušení jakýchkoli právních předpisů určených na ochranu životního prostředí, které se týkají schvalování záměrů, tedy i právních předpisů určených k tomu, aby sloužily pouze veřejnému zájmu, a nikoli jen těch, které alespoň zčásti chrání právní zájmy jednotlivců. Třetí odstavce článku 10a automaticky přiznává *locus standi* nevládním organizacím podporujícím ochranu životního prostředí. Schopnost členského státu definovat to, co představuje dostatečný zájem, nebo porušení práva, je odpovídajícím způsobem omezena. Takové definice jsou na základě třetího odstavce článku 10a pro nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí irelevantní. Proto se takové nevládní organizace mohou domáhat přímého účinku článku 10a i tehdy, když dotčený členský stát definuje „porušování práva“ způsobem, podle kterého tak jednotlivci učinit nemohou. Skutečnost, že článek 10a nabízí volbu mezi dvěma režimy, z něj nečiní podmíněčný namísto bezpodmínečného.

Pokud ESD akceptuje závěr generální advokátky Sharpston, což je velmi pravděpodobné, neboť její závěry logicky navazují na rozhodnutí v případech uvedených výše (a úspěšnost generálních advokátů kolem 80 % co do souladu závěrů jejich stanoviska s konečným rozhodnutím ESD), bude na členských státech, jak se s rozhodnutím vypořádají. Ve věci *Trianel Kohlekraftwerk Lünen* německá vláda upozorňuje na to, že zdroje dostupné německým soudům jsou omezené, a podmínka, aby přístup k právní ochraně byl obvykle omezen na takové osoby, jejichž práva jsou přímo dotčena rozhodnutím, je tak fakticky logickým důsledkem intenzivní úrovně soudního přezkumu požadovaného pro efektivní soudní ochranu. Nárůst počtu žalobců legitimovaných k podání žaloby by „systém zablokoval“. To by naopak snížilo efektivitu soudní ochrany, se kterou by německé soudy mohly chránit práva potenciálních žalobců. Výsledkem by mohlo být snížení soudní ochrany poskytované osobám, jejichž individuální práva byla porušena, a to v důsledku rozšíření aktivní legitimace na širší okruh žalobců. V rozsahu, v němž je nevládním organizacím podporujícím ochranu životního prostředí dovoleno opírat se o právní předpisy, které chrání práva třetích osob, a nikoli jejich vlastní práva, požívají navíc nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí širší právo přístupu k právní ochraně než jednotlivci.

²⁴ Čtvrtý bod odůvodnění.

Komise zastává názor, že článek 10a pouze stanoví, že nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí mohou podat žalobu na základě porušení práva. Tvrdí, že existence takového práva je otázkou vnitrostátního práva – ačkoli je třeba se řádně zabývat potřebou širokého přístupu k právní ochraně.²⁵

Sharpston mezi řádky upozorňuje, že poskytování ochrany, která ve skutečnosti ochranou není, je pokrytecké, a svůj názor ilustruje v odstavci 72 svého stanoviska na příkladu nikoliv nepodobném tomu profesora Krámera: „Dále by pak v případě, že by německá vláda měla pravdu, *locus standi* nevládní organizace podporující životní prostředí k podání žaloby závisel zčásti na náhodě. Jako příklad uvedu dvě jezera, vcelku srovnatelná z hlediska výskytu flory a fauny. První se nachází v opuštěné oblasti, v odlehlé části velkého území pod všeobecnou správou místního úřadu (který se rovněž bude zabývat každou žádostí o územní povolení). V okolí nikdo nebydlí. U druhého se nachází několik domů. Podle výkladu německé vlády by nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí mohla mít *locus standi* k napadení rozhodnutí povolujícího záměr výstavby sousedící s druhým jezerem (pokud by tvrdila, že práva majitelů byla nebo mohla být porušena), avšak nikoli záměr sousedící s jezerem prvním. To zajisté nemůže být záměrem směrnice EIA. Přístup k právní ochraně nemůže záviset na vnějších faktorech, například na přesném umístění záměru, u něhož se nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí obává, že může poškodit životní prostředí.“ Hned v dalším odstavci pak přirovnává rozsáhlý režim přezkumu v situaci, kdy je samotný systém zcela nepřístupný pro některé kategorie žalob, k Ferrari se zamčenými dveřmi.

Bude zajímavé sledovat, zda výše uvedené argumenty přijme ESD. Je-li závěr o přímém účinku článku 10a směrnice EIA očekávaný, pak ohledně možného odůvodnění panuje nejistota. Sharpston důsledně navazuje na svého předchůdce Jacobse a jeho stanovisko ve věci *Unión de Pequeños Agricultores*, kdy neúspěšně navrhl změnu v dosavadním přístupu Evropského soudního dvora k neprivilegovaným žalobcům.²⁶ Pro srovnání je možné použít rovněž rozhodnutí ESD ve věci T-585/93 *Stichting Greenpeace proti Komisi* (1995), kde byla ve smyslu rozhodnutí *Plaumann*²⁷ kategoricky odmítnuta argumentace, že zvláštní zájem na ochraně životního prostředí lze považovat za dostatečný k přiznání soudní ochrany. Detailní a povedenou analýzu tohoto případu i následných ohlasů provádí Komárek²⁸, který projevuje názor, že “(l)ze s největší

²⁵ Para 48

²⁶ C- 50/00, *Unión de Pequeños Agricultores v Council*.

²⁷ C- 25/62, *Plaumann & Co. v Commission*.

²⁸ Komárek, J. *Aktivní legitimace neprivilegovaných žalobců v řízení o žalobě na neplatnost aktů orgánů EU ve věcech životního prostředí*. České právo životního prostředí. 1/2003, str. 3 – 18.

pravděpodobností očekávat, že ani při přijímání nové ústavy EU v příštím roce nedojde k podstatným změnám, které by vedly ke zlepšení postavení jednotlivců i nevládních organizací při prosazování dodržování komunitárního práva životního prostředí samotnými institucemi EU."²⁹ O poznání mírnější postoj zaujal Soudní dvůr Evropské unie ve věci T-236/04 *EEB and Stichting Natuur en Milieu proti Komisi* (2005).

Bez zajímavosti nejsou ani podmínky pro přiznání *locus standi* před Evropským soudem pro lidská práva.³⁰ Poškozeným může být v souladu s čl. 34 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“) jedinec, skupina fyzických či právnických osob, případně nevládní organizace v jurisdikci státu, který je stranou Úmluvy. Státní občanství ani vnitrostátní subjektivita nejsou nutné. Právnická osoba, která není obchodní společností, může jednat za své členy, jsou-li tito porušením chráněného práva přímo dotčeni. Zemře-li poškozený, může jeho právní nástupce podat stížnost či pokračovat v řízení před Soudem. Tento obecný výčet podmínek je v případě ochrany životního prostředí výrazně zúžen v tom smyslu, že ESLP nepřiznává některým z výše zmíněných subjektů možnost dožadovat se ochrany životního prostředí ve spojitosti s některým z Úmluvou chráněných práv, což se dotýká především nevládních organizací, které zastávají specifickou roli v ochraně lidských práv a životního prostředí na vnitrostátní i mezinárodní úrovni. V případě *Asselbourg*³¹ rozvinul ESLP koncept „testu poškozeného“ jako jednu z podmínek účasti na řízení před Soudem. Mezi další podmínky se řadí zejména podřazení pod věcnou a časovou působnost Úmluvy, vyčerpání všech vnitrostátních opravných prostředků a dodržení šestiměsíční lhůty od konečného rozhodnutí. Stížnost nesmí být ani zjevně nepodložená nebo zneužívající právo podat stížnost. Stěžovatel může být uznán za poškozeného vnitrostátním právem a nikoliv ESLP a *vice versa*. Obecně platí, že musí být dostatečně prokázána spojitost mezi osobou stěžovatele a tvrzenou újmou. Ve výše zmíněném případě mířila stížnost proti správnímu rozhodnutí o povolení stavby ocelárny, s níž nebylo dosud započato. Stěžovatelé (78 jedinců společně s Greenpeace - Lucembursko) nechtěli zamezit porušování práva zaručeného čl. 8 Úmluvy, ale předejít jeho porušení pomocí prosazení přísnějších podmínek provozu továrny. Dle ESLP lze dovodit, že výkon práva podat stížnost nemůže jako cíl sledovat prevenci před porušením úmluvou chráněného práva. Nevládní organizace nemůže podat stížnost pro porušení práva chráněného čl. 8 Úmluvy, s výjimkou zastupování svých přímo dotčených členů či zaměstnanců podobným způsobem, jakým například advokát zastupuje

²⁹ *Ibid* str. 16

³⁰ Viz Vomáčka. V. *Spravedlivé zadostiučinění v rozhodnutích ESLP a dalších mezinárodních soudů zaměřených na ochranu lidských práv v ochraně životního prostředí*. In Cofola 2010. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2010. ISBN 978-80-210-5151-5, 13 s. 2010.

³¹ *Asselbourg a Greenpeace proti Lucembursku* (1999).

svého klienta.³² Stížnost v případě *Asselbourg* byla tedy shledána nepřijatelnou. Nelze příliš očekávat, že by ESLP v blízké budoucnosti prohluboval ochranu životního prostředí rozšířením přístupu k soudní ochraně, jakkoliv by se jednalo o velmi výrazný posun vzhledem k jeho dosavadní opatrné judikatuře v oblasti ochrany životního prostředí³³ a chybějící politickou vůli členských států Rady Evropy k výslovnému začlenění samostatného práva na životní prostředí do textu Úmluvy.³⁴

SITUACE V ČESKÉ REPUBLICCE

Nejvyšší správní soud se k otázce přímého účinku článku 10a směrnice EIA a k současně navrhovanému položení předběžné otázky Soudnímu dvoru vyjádřil například v rozsudku ze dne 14. června 2007 (ve věci možného přezkumu stanoviska k posouzení vlivů provedení záměru Rozšíření dálnice D1 v úseku Kývalka-Holubice): „V souladu s konstantní judikaturou Soudního dvora Evropských společenství (srov. rozsudek ze dne 6. 10. 1982 ve věci 238/81 *Srl CILFIT a Lanificio di Tabardo SpA proti Ministerstvu zdravotnictví*, *Recueil s. 3415*) platí, že překládací povinnost soudu odpadá v případě tzv. *acte clair*, tj. když je výklad evropského práva bez dalšího naprosto zjevný a jasný. V projednávaném případě je tomu tak proto, že předmětná směrnice vychází téměř doslovně z Aarhuské úmluvy a navíc uvádí, že členské státy stanoví, v jaké fázi mohou být rozhodnutí, akty nebo nečinnosti napadeny. Toto ustanovení má za následek, že předmětná směrnice, resp. její ustanovení týkající se práva na soudní ochranu, nespĺňuje jeden z bodů testu přímého účinku směrnic, jak byl Soudním dvorem Evropských společenství stanoven již v rozsudku ze dne 4. 12. 1974 ve věci 41/74, *Yvonne Van Duyn proti Ministerstvu vnitra*, *Recueil s. 1337*, tj. k provedení této směrnice je třeba přijetí dalšího právního předpisu členskými státy Evropských společenství, který určí příslušnou fázi přezkumu. Členským státům je přitom ponechána poměrně široká možnost uvážení. Tuto podmínku přitom nezpochybňují ani jiné jazykové verze směrnice, např. anglická (*Member States shall determine at what stage the decisions, acts or omissions may be challenged*), německá (*die Mitgliedstaaten legen fest, in welchem Verfahrensstadium die Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen angefochten werden können*), francouzská (*les États membres déterminent a quel stade les décisions, actes ou omissions peuvent être contestés*), slovenská (členské

³² Zde ESLP odkázal na rozhodnutí v případě *X v. France* (1983).

³³ Rovněž v Evropském kontextu by šlo o významný krok. Srovnej např. rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci T-585/93 *Stichting Greenpeace proti Komisi* (1995), kde byla kategoricky odmítnuta argumentace, že zvláštní zájem na ochraně životního prostředí lze považovat za dostatečný k přiznání soudní ochrany. O poznání mírnější postoj zaujal Soudní dvůr Evropské unie ve věci T-236/04 *EEB and Stichting Natuur en Milieu proti Komisi* (2005).

³⁴ Blíže např. Shelton, D. *Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment*. *Stanford Journal of International Law*, 1991, r. 28, s. 133:

štáty určia, v akom štádiu možno napadnúť rozhodnutia, skutky alebo nečinnosť) nebo polská (Państwa Członkowskie ustalają, na jakim etapie mogą być kwestionowane decyzje, akty lub zaniechania). Podání předběžné otázky Nejvyšším správním soudem by proto v tomto případě nebylo na místě. V souladu se zněním směrnice je Nejvyšší správní soud toho názoru, že není nutné připustit samostatný soudní přezkum rozhodnutí, aktů a nečinností (např. i předmětného stanoviska žalovaného), ale postačuje jejich přezkoumání v pozdější fázi (tj. v rámci přezkumu konečného rozhodnutí).“³⁵

Později, ve věci přezkumu návštěvního řádu vydaného ve formě opatření obecné povahy³⁶, tedy v rozdílné situaci, dospěl Nejvyšší správní soud s odkazem na výše zmíněné rozhodnutí ve věci *Djurgården* dospěl k závěru, že čl. 10a směrnice je přímo účinný. Ve svém rozsudku ze dne 13. 10. 2010, č. j. 6 Ao 5/2010 – 43, vyšel z následující úvahy: „cílem čl. 10a směrnice o posuzování vlivů (...) je zajistit tzv. dotčené veřejnosti přístup k soudnímu přezkumu ve věcech spadajících do působnosti cit. směrnice a tento cíl je z uvedeného článku jasně seznatelný. Při jeho naplnění je členským státům však ponechán prostor pro úvahu, jak cíle dosáhnout, mimo jiné tím, že stanoví příslušnou fázi, v níž bude soudní přezkum umožněn (druhý pododstavec čl. 10a cit. směrnice). Ve věci nyní projednávané před Nejvyšším správním soudem se však jedná (...) o jediné správní řízení, jehož výsledek - návštěvní řád vyhražující místa k provozování vodních sportů - může být podroben soudnímu přezkumu v jediném typu soudního řízení. Je tedy zřejmé, že v této věci se uvážení svěřené České republice, resp. jejímu zákonodárci nemohlo vůbec uplatnit; je-li možno vést pouze jediné soudní řízení, není prostor pro určení fáze, v níž lze návštěvní řád soudně přezkoumat. V takovém případě je třeba naplnit cíl daného ustanovení a umožnit dotčené veřejnosti přístup k soudu (...) Nejvyšší správní soud tedy posoudil otázku aktivní legitimace navrhovatelů v probíhajícím řízení podle § 101a s. ř. s. ve spojení s čl. 10a směrnice, jeho prvním a třetím pododstavcem. Vycházel při tom též z definice pojmu dotčená veřejnost v čl. 1 odst. 2 směrnice a zohlednil i výklad, který podal Soudní dvůr ve věci C-263/08, *Djurgarden-Lilla Värtans Miljöskyddsörening*.“

Další argumentace Nejvyššího správního soudu v podstatě odpovídá názoru generální advokátky Sharpston. Podle NSS sice článek 10a směrnice EIA

³⁵ Podobně např. rozsudek NSS ze dne 26. 6. 2007, č. j. 4 As 70/2006 – 72.

³⁶ Ustanovení § 101a s. ř. s., které upravuje přezkum opatření obecné povahy, vyžaduje, aby navrhovatel v řízení o zrušení opatření obecné povahy, tvrdil, že byl daným opatřením dotčen na svém hmotném právu. K přiznání aktivní legitimace příslušníkům tzv. dotčené veřejnosti je nutné, aby tito namítali porušení svého práva; přitom někteří z příslušníků dotčené veřejnosti-nevládní organizace ve smyslu čl. 1 odst. 2 směrnice-mají privilegované postavení plynoucí z druhé a třetí věty třetího pododstavce čl. 10a směrnice.

ponechává na vnitrostátním zákonodárci, aby určil podmínky, které mohou být požadovány k tomu, aby nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí jakožto sdružení mohla mít právo dosáhnout přezkum za výše uvedených podmínek, musí vnitrostátní pravidla takto stanovená jednak zajistit široký přístup k právní ochraně, a jednak zajistit ustanovením směrnice EIA týkajícím se práva dosáhnout přezkoumání soudem jejich užitečný účinek. Nesmí tedy hrozit, že tato vnitrostátní pravidla zbaví plně účinnosti ustanovení práva Společenství, která stanoví, že ti, kdo mají dostatečný zájem napadnout záměr, a ti, do jejichž práva je zasaženo, mezi něž patří sdružení na ochranu životního prostředí, musí mít možnost aktivní legitimace v řízeních před příslušnými soudy.

ZÁVĚR

Rozhodnutí ve věci *Lünen* má potenciál prolomit či přinejmenším zatřást pravidly pro přístup k soudní ochraně ve věcech ochrany životního prostředí, rozpoutat diskuzi o efektivitě prosazování práva prostřednictvím rozsáhlého režimu přezkumu v situaci, kdy je tento systém zcela nepřístupný pro některé kategorie žalob. Tento problém se přitom zdaleka netýká jen Německa, podobně je systém soudního přezkumu nastaven v mnoha dalších členských zemích včetně Česka. Případ *Lünen* může překonat nedostatečnou implementaci ustanovení čl. 10a směrnice EIA v českém vnitrostátním systému, resp. v ustanovení § 23 odst. 9 a 10 zákona č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „zákon o EIA“). Přestože je současná judikatura Nejvyššího správního soudu souladná se stanoviskem generální advokátky Sharpston, rozhodnutí ESD, které se k tomuto stanovisku přikloní, může ukončit spory ohledně podmínek pro účast v navazujících řízeních dle ust. § 23 odst. 9 zákona o EIA, resp. zejména ohledně vyloučení odkladného účinku žaloby dle ust. § 23 odst. 10 zákona o EIA. Jsem přesvědčený, že především druhé omezení jde jasně proti účelu směrnice EIA, neboť odkladný účinek žaloby hraje při ochraně životního prostředí zásadní roli a mnohdy jedině s jeho pomocí lze dosáhnout skutečně efektivní ochrany, což je nepochybně smyslem čl. 10a směrnice EIA. Např. Černý³⁷ dochází po analýze rozsáhlé judikatury³⁸ k závěru, že institut přiznávání odkladného účinku správním žalobám má pro faktickou úroveň ochrany veřejných subjektivních práv správními soudy (a tedy pro naplňování základního smyslu správního soudnictví) klíčový význam. V některých případech může být pro žalobce rozhodnutí o jeho žádosti o přiznání odkladného účinku důležitější než případné vyhovění žalobě za

³⁷ Černý, P. K rozhodování správních soudů o návrzích na odklad vykonatelnosti žaloby (vybrané otázky), Právní rozhledy, nakladatelství C. H. Beck, 2008, č. 24,

³⁸ Usnesení KS v Plzni ze dne 5. 11. 2004, sp. zn. 57 Ca 14/2004 (č. 455/2004 Sb. NSS), usnesení KS v Ostravě ze dne 20. 3. 2008, sp. zn. 22 Ca 43/2008; ze dne 25. 6. 2008, sp. zn. 22 Ca 143/2008; nebo MS v Praze ze dne 24. 4. 2008, sp. zn. 5 Ca 120/2008 a další.

situace, kdy je zrušené rozhodnutí již „konzumováno“ a zásah do práv či zájmů hájených žalobcem neodstranitelný. Nicméně v poslední době Komise upustila od názoru, že je vyloučení odkladného účinku dle ust. § 23 odst. 10 zákona o EIA v rozporu se směrnicí EIA. Problematický není ani požadavek předběžné účasti v procesu EIA, rozpornou se nejeví ani postavení nevládních organizací se sídlem mimo Českou republiku. Výtky Komise tak směřují vůči jedinému - v důsledku přechodných ustanovení zákona č. 436/2009 Sb. nelze ve vztahu k záměrům, u nichž proces posuzování vlivů na životní prostředí začal před nabytím účinnosti novely (11. prosinec 2009), použít ustanovení § 23 odst. 10 zákona o EIA. Další novela zákona o EIA, která se v současné době připravuje, by měla odstranit i tento nedostatek (přestože bylo proti názoru Komise argumentováno, že § 23 odst. 10 zákona o EIA má povahu čistě procesního ustanovení, které je ze své podstaty použitelné okamžitě po nabytí své účinnosti). Nicméně je zjevné, že dochází k výrazné dvojkolejnosti - občanské sdružení se na základě své účasti v procesu EIA může bez možnosti přiznání odkladného účinku namítat v řízení před soudem hmotněprávní i procesněprávní pochybení, v případě své účasti ve stavebním řízení však může s možností přiznání odkladného účinku namítat v zásadě pouze porušení pravidel procesních. Situaci, kdy jeden subjekt je na základě své účasti v různých řízeních, která se však týkají totožného záměru, legitimován domáhat se zrušení navazujícího (konečného) rozhodnutí různým způsobem, považují za nešťastnou nebo přinejmenším nepraktickou.

Literature:

- Newnet. *German city to generate energy from waste* [online]. 28. 5. 2009 [citováno dne 12. 4. 2011]. Dostupné na: <<http://www.newenergyworldnetwork.com/renewable-energy-news/by-technology/biofuel-biomass/german-city-to-generate-energy-from-waste.html>>.
- Komárek, J. Aktivní legitimace neprivilegovaných žalobců v řízení o žalobě na neplatnost aktů orgánů EU ve věcech životního prostředí. *České právo životního prostředí*. 1/2003, str. 3 – 18.
- Vomáčka. V. Spravedlivé zadostiučinění v rozhodnutích ESLP a dalších mezinárodních soudů zaměřených na ochranu lidských práv v ochraně životního prostředí. In *Cofola 2010*. 1. vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2010. ISBN 978-80-210-5151-5, 13 s. 2010.

- Shelton, D.: Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment. Stanford Journal of International Law, 1991, r. 28, s. 133

Contact – email

134608@mail.muni.cz

PRÁVO NA INFORMACE O ČINNOSTI OBCE A OCHRANA SOUKROMÍ V PODMÍNKÁCH OTEVŘENÉ VEŘEJNÉ SPRÁVY

MARTA VRBOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language

Mezi základní pilíře dobré veřejné správy vytvářející soubor požadavků na kvalitní a odpovědnou veřejnou správu v podmínkách České republiky patří princip její otevřenosti. Ten bývá v oblasti veřejného práva zpravidla vyjádřen možností jakékoli osoby získat informace o činnosti či fungování státních orgánů a orgánů územních samospráv, včetně orgánů obcí - základních územních samosprávných celků. Zájem na svobodném přístupu k informacím a otevřenosti veřejné správy však může kolidovat také se zájmem na utajení některých informací, které má veřejná správa k dispozici. Právní řád České republiky proto připouští z principu otevřenosti jisté výjimky, a to k ochraně zájmů veřejných, ale také k ochraně soukromých zájmů adresátů působení veřejné správy projevujících se zejména v ochraně osobních údajů, ochraně majetkových poměrů, informací o rodinném životě či jiných soukromých aktivit. Cílem předkládaného konferenčního příspěvku je proto poukázat na některé z problematických otázek ochrany soukromí, které vyvstávají v souvislosti s uplatňováním práva na informace o činnosti obcí v podmínkách otevřené veřejné správy.

Key words in original language

Otevřenost veřejné správy; obec; právo na informace; ochrana soukromí.

Abstract

The principle of transparency in public administration belongs to administrative law principles which represent a complex of requirements on quality and responsible public administration in Czech Republic. This principle represents an opportunity of any person to obtain information about state administration authorities and local government bodies including municipal authorities. However the right to information and transparency in public administration collide with some other public or private interests in non-disclosure some pieces of information available to public administration. That's why legal order allows some exceptions from requirements on transparency in public administration e.g. for the benefit of personal data protection, protection of privacy or property owned. The aim of this present paper is to underline some questionable situations of privacy protection that arise in relation with the right to information about municipality and transparency in public administration.

Key words

Transparency in Public Administration; Municipality; Right to Information; Protection of Privacy.

1. ÚVODEM

Mezi základní pilíře dobré veřejné správy vytvářející soubor požadavků na kvalitní a odpovědnou veřejnou správu v podmínkách České republiky patří nepochybně princip její otevřenosti. V odborné literatuře tento princip vymezuje zejména V. Mikule, a to jako obecný princip demokratické veřejné správy, která není nástrojem separované veřejné moci, ale službou veřejnosti poskytující občanům přístup k informacím o své činnosti a umožňující její kontrolu.¹

Otevřenost veřejné správy bývá v podmínkách demokratického právního státu zpravidla vyjádřena možností jakékoli osoby získat informace o činnosti či fungování správních orgánů. Podle K. Eichlerové je zabezpečen především veřejným zpřístupněním informací, které mají státní orgány a orgány územní samosprávy k dispozici, ale také možností účastnit se jejich veřejného jednání.² Uplatnění zásady otevřenosti tak garantuje, že jednání a rozhodování těchto orgánů bude probíhat v souladu se zákonnými pravidly, a představuje tedy významný kontrolní mechanismus a záruku zákonnosti v demokratickém zřízení.³

V podmínkách moderních demokratických států včetně České republiky se proto v posledních desetiletích objevují stále intenzivnější požadavky na publicitu veřejné správy a její otevírání směrem k veřejnosti s cílem vytvořit efektivně a zcela transparentně fungující administrativu.⁴ Tyto požadavky pak nesměřují pouze k respektování základního práva na svobodný přístup k informacím, kterými veřejná správa disponuje, ale také

¹ MIKULE, V. In HENDRYCH, D. a kol.: Správní právo. Obecná část. 7. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, ISBN - 978-80-7400-049-2, s. 671.

² Blíže viz EICHLEROVÁ, K: Základní východiska zásady veřejnosti v oblasti výkonu veřejné moci. Správní právo, Praha : Ministerstvo vnitra, 2000, č. 5. Dostupný na www.otevrete.cz [citováno 9. května 2011].

³ K tomu viz např. nálezný Ústavního soudu ze dne 5. 5. 2010, sp.zn. I. ÚS 1885/09: "Smyslem a účelem práva na informace je totiž veřejná kontrola výkonu státní (tedy i soudní) moci; ta je z logiky věci realizována - a tím i způsobilá podléhat legitimní kontrole - nejen v rozhodování o veřejnoprávních věcech, ale i v rozhodování ve sporech soukromoprávních." Dostupný na <http://nalus.usoud.cz>.

⁴ Blíže viz ZIKMUNDOVÁ, S. et al.: Otevřený úřad a principy dobré správy „Zavíráme?“ . In Principy dobré správy - Sborník příspěvků přednesených na pracovní konferenci Kanceláře veřejného ochránce práv. (Hrabcová, D. ed), Brno : Vydavatelství Masarykovy univerzity, 2006, s. 157-178, ISBN 80-210-4001-7.

k aktivní publicitě veřejné správy spočívající v povinnosti určité informace poskytovat.⁵

Klíčovým institutem principu otevřené veřejné správy je tedy právo na informace ústavně garantované ustanovením čl. 17 Listiny základních práv a svobod.⁶ Podle něj je každý, tj. nejen občané České republiky, ale také cizinci či osoby bez státní příslušnosti, oprávněn „svobodně vyhledávat, přijímat a rozšiřovat ideje a informace bez ohledu na hranice státu“. Ustanovením odstavce pátého čl. 17 Listiny je pak státním orgánům a orgánům územní samosprávy uložena povinnost přiměřeným způsobem a za podmínek stanovených zákonem poskytovat informace o své činnosti. Listina základních práv a svobod nestanoví blíže, na jaké informace se garantované základní právo vztahuje. Podle P. Matese však lze s ohledem na jeho zařazení mezi základní práva politická usuzovat, že půjde zejména o informace týkající se veřejného dění, veřejných záležitostí, fungování a činnosti orgánů veřejné moci apod.^{7 8}

Zákonná úprava práva na informace v podmínkách České republiky je pak obsažena především ve dvou relativně komplexních právních předpisech, a to v zákoně č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o svobodném přístupu k informacím") a v zákoně č. 123/1998 Sb., o právu na informace o životním prostředí, ve znění pozdějších předpisů.

Právo na informace je přitom zároveň jedním ze základních právních institutů zajišťujících reálnou účast občanů na správě věcí veřejných. Platí

⁵ Transparency International – Česká republika: Možnosti přístupu k informacím o projektech podporovaných ze strukturálních fondů EU – Právní analýza. Praha, 2007. Dostupný na www.transparency.cz. [citováno 9. května 2011].

⁶ Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb. o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále také „Listina“).

⁷ MATES, P.: Ochrana osobních údajů. Praha : Univerzita Karlova, 2002, ISBN 80-246-0469-8, s. 12.

⁸ Význam otevřené veřejné správy v demokratické společnosti a práva na informace zdůrazňuje ve své rozhodovací činnosti i Nejvyšší správní soud. Příkladem můžeme zmínit jeho rozsudek ze dne 07.5.2009, čj. 1 As 29/2009 – 59, v němž uvádí, že „mezi základní atributy liberálně-demokratického státu patří důsledná implementace nástrojů limitujících různými způsoby nositele veřejné moci, daná vědomím o její možné zneužitelnosti. Jeden z těchto nástrojů představuje rovněž kontrola výkonu veřejné moci ze strany občanů, z čehož plyne imperativ otevřenosti a transparentnosti veřejné správy, bez něž by tato kontrola nemohla být efektivně realizována. Prostředkem, který k naplnění uvedeného imperativu poskytuje právní řád, je mimo jiné právo na informace. Jeho význam zdůraznil již ústavodárce tím, že jej zakotvil v čl. 17 odst. 5 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“), přičemž konkretizaci daného ústavněprávního ustanovení lze nalézt v zákoně o informacích.“ Viz Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 07.5.2009, čj. 1 As 29/2009 – 59. Dostupný na www.nssoud.cz.

totiž, že "svobodný a informovaný občan je základní podmínkou fungování státní správy a samosprávy v demokratickém zřízení."⁹ Informace získané realizací tohoto práva na komunální úrovni pak slouží nejen potřebám veřejné kontroly činnosti územních samosprávných celků, ale jsou zároveň nezbytným předpokladem pro rozhodování občana při jeho aktivní účasti na správě věcí veřejných, a to ve volbách, místním referendu, na petičních akcích apod.¹⁰

Právní úprava realizace práva na informace o činnosti obcí - základních územních samosprávných celků - je dána nejen obecným zákonem o svobodném přístupu k informacím, ale také ustanovením § 16 odst. 2 písm. e) zákona č. 128/2000 sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o obcích"). To stanoví, že občan obce, který dosáhl věku 18 let, má právo nahlížet do rozpočtu obce a do závěrečného účtu obce za uplynulý kalendářní rok, do usnesení a zápisů z jednání zastupitelstva obce, do usnesení rady obce, výborů zastupitelstva obce a komisí rady obce a pořizovat si z nich výpisy. Stejně oprávnění mají také fyzické osoby, které dosáhly věku 18 let a vlastní na území obce nemovitost, a konečně také fyzické osoby, které dosáhly věku 18 let, jsou cizím státním občanem a jsou v příslušné obci hlášeny k trvalému pobytu, stanoví-li tak mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána.

V této souvislosti je třeba upozornit, že předmětné ustanovení zákona o obcích má povahu právního předpisu zvláštního, a to vůči obecnému zákonu o svobodném přístupu k informacím, který se použije ve všech případech, na něž nedopadají specifika poskytování informací o činnosti obcí ve vztahu k jejich vlastním občanům a dalším oprávněným osobám. Je tak třeba zcela vyvrátit argumentaci, podle níž veškerá práva na informace o činnosti obcí upravují příslušná ustanovení zákona o obcích. Pokud by se totiž tato ustanovení vykládala jako jediná a výlučná právní úprava práva na informace o činnosti obcí, nebylo by umožněno poskytování jiných informací než těch, které výslovně stanoví ustanovení § 16 odst. 2 písm. e) zákona o obcích. Zároveň by z poskytování takových informací byly vyloučeny všechny osoby odlišné od občanů obce starších osmnácti let, vlastníků nemovitostí na území obce starších osmnácti let a dalších oprávněných osob, o nichž tak stanoví mezinárodní smlouva.¹¹

Takové řešení zároveň bezdůvodně omezuje právo na informace v rozporu se základními podmínkami jeho omezení danými ustanovením článku 17

⁹ KORBEL, F.: Právo na informace v územních samosprávných celcích. ASPI, 2010. LIT34570CZ.

¹⁰ TURČÍN, J.: Právo na informace a činnost orgánů obce. Právní rádce 1/2001, ISSN 1210-4817. s. 17.

¹¹ KORBEL, F.: Právo na informace v územních samosprávných celcích. ASPI, 2010. LIT34570CZ.

odst. 4 a článku 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod. Jakkoli je totiž právo na informace základním politickým právem každého člověka a zároveň stěžejním institutem otevřené veřejné správy, nejedná se o právo absolutní v tom smyslu, že by nemohlo být omezeno. Pro jeho omezení však musí být splněny základní podmínky. V první řadě se musí jednat o omezení dané zákonem a tam, kde to zákon stanoví, způsobem, jakým to stanoví, a v jeho mezích. Dalším předpokladem je potom skutečnost, že se jedná o omezení, které je v demokratické společnosti nezbytné a přiměřené.¹²

V oblasti demokratické veřejné správy jsou tato omezení připuštěna zejména v zájmu na utajení některých informací, které má veřejná správa k dispozici, a to jak k ochraně zájmu veřejných (typicky k ochraně bezpečnosti státu, veřejné bezpečnosti či k ochraně veřejného zdraví), tak k ochraně (pro účely tohoto textu stěžejních) soukromých zájmů adresátů působení veřejné správy. Taková omezení svobodného přístupu k informacím se pak projevují zejména v ochraně osobních údajů, v ochraně majetkových poměrů, informací o rodinném životě či jiných soukromých aktivit, jejichž ústavní zakotvení nalezneme především v ustanovení čl. 7 odst. 1 Listiny a čl. 10 Listiny. Ta garantují každému nedotknutelnost osoby a jejího soukromí a možnost jejich omezení jen v zákonem stanovených případech a dále každému zaručují právo na zachování jeho lidské důstojnosti, osobní cti, dobré pověsti a jména a ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života a před neoprávněným shromažďováním, zveřejňováním nebo jiným zneužíváním osobních údajů.

V zákonné rovině pak tyto výjimky z realizace práva na informace reprezentuje například zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o ochraně osobních údajů"). Ochrana informací o soukromí fyzických osob je dále garantovaná také ustanovením § 11 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "občanský zákoník"), či ustanovením § 10a odst. 1 zákona č. 140/1996 Sb., o zpřístupnění svazků vzniklých z činnosti bývalé Státní bezpečnosti, ve znění pozdějších předpisů.¹³ Na ochranu majetkových poměrů pak pamatuje kupř. ustanovení § 10 zákona o svobodném přístupu k informacím. Možné je zmínit také zákon č. 133/2000

¹² MATES, P.: Právo na informace a ochrana osobních údajů. Právní rádce 2/2011, ISSN1210-4817. Dostupný na http://pravniradce.ihned.cz/c4-10077470-50634970-F00000_d-pravo-na-informace-a-ochrana-osobnich-udaju [citováno 4. dubna 2011].

¹³ Citované ustanovení zní: „Archiv před zpřístupněním dokumentu oprávněnému žadateli znečitelní v kopii dokumentu datum narození a bydliště jiných osob, jakož i všechny údaje o jejich soukromém a rodinném životě, o jejich trestné činnosti, zdraví a majetkových poměrech. Pokud je zpřístupňovaným dokumentem kádrový (personální) spis příslušníka bezpečnostní složky, znečitelní se v něm též všechny údaje o osobách stojících mimo služební a veřejnou činnost příslušníka.“

Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech, ve znění pozdějších předpisů, který v ustanovení § 13c upravuje použití rodných čísel.

V návaznosti na výše uvedené bude následující text věnován realizaci práva na informace ve vztahu k činnosti obcí a s ní související ochraně soukromí (zejména pak ochraně osobních údajů) fyzických osob, jichž se poskytované informace týkají. V první řadě se pokusím vymezit ty subjekty, které jsou informace o činnosti a fungování obcí povinny poskytovat, a rovněž ty, které jsou naopak oprávněny takové informace získat. Následně vyberu několik konkrétních příkladů střetu práva na informace o činnosti obcí s právem na soukromí a ochranu osobních údajů.

2. POVINNÉ OSOBY

Zákon o svobodném přístupu k informacím ve svém ustanovení § 2 odst. 1 stanoví povinnost poskytovat informace územním samosprávným celkům a jejich orgánům.

Původní znění zákona o svobodném přístupu k informacím ukládalo tuto povinnost orgánům územní samosprávy.¹⁴ Toto ustanovení však vyvolávalo určité nejasnosti, zda subjektem povinným poskytovat informace vztahující se k jejich působnosti jsou pouze orgány územních samosprávných celků, nebo jsou jimi tyto celky samotné, které přitom své povinnosti vyplývající ze zákona o svobodném přístupu k informacím plní prostřednictvím svých orgánů. Nabízela se rovněž možnost, zda nejsou samostatnými povinnými subjekty územní samosprávné celky i jejich orgány zvlášť.¹⁵

Tyto nejasnosti měla odstranit novela zákona o svobodném přístupu k informacím č. 61/2006 Sb., která do ustanovení § 2 odst. 1 zákona zavedla pojem "územní samosprávné celky a jejich orgány". Odborná veřejnost se však v zásadě shoduje, že zvolená úprava zákona o svobodném přístupu k informacím zmíněné nejasnosti nijak neodstranila a že i nadále přetrvávají otázky, zda povinným subjektem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 1 zákona je subjekt pouze jediný, pojmenovaný jako "územní samosprávný celek a jeho orgány", nebo jde o povinné subjekty dva, a to o územní samosprávný celek a vedle něj o jeho orgány.¹⁶

Možná řešení přitom vyvolávají problémy také v aplikační praxi. Jako jejich typický příklad lze uvést zastupitelstvo obce, které v postavení povinného

¹⁴ Citované ustanovení § 2 odst. 1 zákona o svobodném přístupu k informacím v původním znění: "Povinnými subjekty, které mají podle tohoto zákona povinnost poskytovat informace vztahující se k jejich působnosti, jsou státní orgány a orgány územní samosprávy."

¹⁵ KORBEL, F.: Právo na informace v územních samosprávných celcích. ASPI, 2010. LIT34570CZ.

¹⁶ FUREK, A., ROTHANZL, L.: Zákon o svobodném přístupu k informacím. Komentář. Praha : Linde, 2010, ISBN 978-80-7201-788-1, s. 28.

subjektu musí při aktivním zveřejňování informací i při vyřizování žádostí o poskytnutí informace postupovat v souladu s pravidly nastavenými zákonem o svobodném přístupu k informacím včetně dodržování lhůt jím stanových.¹⁷ To je však vzhledem k častosti jeho zasedání i kolegiálnímu charakteru těžko představitelné.

Osobně se proto přikláním k výkladu, podle něž je povinným subjektem pouze územně samosprávný celek jako takový, který jedná prostřednictvím svých orgánů. Tento výklad lépe odpovídá výše vymezenému principu otevřené veřejné správy, neboť umožňuje realizaci práva na informace v co nejširším rozsahu a brání zbytečným formalismům při vyřizování žádostí o poskytnutí informace a odmítání žádostí z důvodů, že se nejedná o působnost konkrétního orgánu.

3. OPRÁVNĚNÉ OSOBY

V souladu s právní úpravou danou obecným zákonem o svobodném přístupu k informacím a speciálními ustanoveními zákona o obcích mohou být osoby, které jsou oprávněny informace o činnosti a fungování obcí získat, rozděleny do dvou základních kategorií. Tu první tvoří všechny osoby, kterým svědčí právo na informace garantované ustanovením čl. 17 Listiny základních práv a svobod a provedené zákonem o svobodném přístupu k informacím, tj. každý bez ohledu na jeho státní občanství. Do té druhé pak spadají ty osoby, na něž výslovně pamatují speciální ustanovení §§ 16 a 17 zákona o obcích, tj. občané obce, kteří dosáhli věku 18 let, fyzické osoby, které dosáhly věku 18 let a vlastní na území obce nemovitost a fyzické osoby, které dosáhly věku 18 let, jsou cizími státními občany a jsou v obci hlášeny k trvalému pobytu, stanoví-li tak mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána.

Rozdělení oprávněných osob do uvedených dvou skupin má přitom zcela praktický význam. Osobám spadajícím do druhé užší kategorie totiž právní úprava vedle práva na informace realizovaného v souladu se zákonem o svobodném přístupu k informacím přiznává také právo nahlížet, tj. právo na fyzický přístup a prohlídku originálních dokumentů obce. Konkrétně se jedná o rozpočet obce a závěrečný účet obce za uplynulý kalendářní rok, usnesení a zápisy z jednání zastupitelstva obce, usnesení rady obce, výborů zastupitelstva obce a komisí rady obce. Jeho součástí je pak také právo pořizovat si výpisy.

Zákon o obcích jako speciální právní úprava práva na informace ve vztahu k činnosti a fungování obcí tak přiznává konkrétně vymezeným osobám právo na kvalifikovaný přístup ke konkrétně stanoveným informacím, který zpravidla podléhá přísnějším podmínkám, než je tomu v obecných případech. Důvodem ztíženého režimu je jednak větší administrativní zátěž

¹⁷ Tamtéž.

vyvolaná fyzickou přítomností cizích osob v úřadovnách povinného subjektu a s ní spojené riziko znehodnocení, ztráty, padělání či jiného zneužití uložených originálních nosičů informací. Navíc však při nahlížení do originálních dokumentů dochází k neomezenému poskytnutí celého souboru informací, z nichž některé mohou být z obecného poskytování podle zákona o svobodném přístupu k informacím typicky v zájmu ochrany soukromí vyloučeny.¹⁸

V každém případě však platí, že pokud zákon o obcích jako zvláštní zákon hovoří o „nahlížení“ a „pořizování výpisů“, bude aplikován právě jen na jím konkrétně stanovené informace, nikoli na jiné žádosti, které směřují k obecnému poskytnutí informací za podmínek stanovených zákonem o svobodném přístupu k informacím.

4. VYBRANÉ OTÁZKY SVOBODNÉHO PŘÍSTUPU K INFORMACÍM O ČINNOSTI OBCÍ VE VZTAHU K OCHRANĚ SOUKROMÍ

Informace o činnosti obcí mohou oprávněné osoby získat trojím způsobem: jednak svou přímou účastí na jednání příslušných orgánů obcí, dále prostřednictvím aktivního zveřejnění informací na úřední desce obce, v místním periodiku, televizním vysílání apod., a konečně na základě žádosti o poskytnutí informací zpravidla v režimu zákona o svobodném přístupu k informacím či v režimu ustanovení § 16 odst. 2 písm. e) zákona o obcích.¹⁹

Přístup k nejširšímu množství informací o činnosti obce přitom mají osoby zařazené výše do druhé kategorie, neboť těm, jak už bylo uvedeno, zákon o obcích přiznává právo na nahlížení do usnesení zastupitelstva obce a zápisů z jeho jednání, do usnesení rady obce, výborů zastupitelstva obce či komisí rady obce, a dále také do rozpočtu obce a do závěrečného účtu obce za uplynulý kalendářní rok. Ostatní osoby jsou při realizaci svého práva na informace ve vztahu k činnosti obce ve větší míře limitovány různými omezeními stanovenými jak zákonem o obcích tak dalšími relevantními předpisy upravujícími právo na informace.²⁰

Jedním ze základních principů zajišťujících skutečnou realizaci práva na informace o činnosti obcí je princip veřejnosti jednání obecních zastupitelstev. Z ustanovení § 93 zákona o obcích přitom plyne, že účast veřejnosti na jednání zastupitelstva není nijak omezena a je tak umožněna

¹⁸ KORBEL, F.: Právo na informace v územních samosprávných celcích. ASPI, 2010. LIT34570CZ.

¹⁹ TURČÍN, J.: Právo na informace a činnost orgánů obce. Právní rádce 1/2001, ISSN 1210-4817, s. 17.

²⁰ MATES, P.: Právo na informace a územně samosprávné celky. Právní rádce 1/2004, ISSN 1210-4817, s. 51.

komukoli bez ohledu na občanství, majetek apod. Princip veřejnosti jednání přitom nezaručuje jen čistou fyzickou přítomnost kohokoli na daném jednání, ale také právo přítomné osoby zaznamenávat si obsah jednání či vystoupení jednotlivých členů zastupitelstva.²¹

O jednání zastupitelstva se navíc vyhotovuje zápis, který je podle ustanovení § 95 odst. 2 zákona o obcích přístupný na obecním úřadě k nahlédnutí, a to v nijak nezměněné podobě, tj. včetně všech osobních údajů a dalších informací o soukromí fyzických osob. Pokud totiž žadatel o nahlížení do zápisů z jednání obecního zastupitelstva splní podmínky pro fyzický přístup k originálním nosičům těchto informací dané zákonem o obcích, nelze, aby jej pak obec omezovala obecnými důvody pro odepření informací, tj. např. aby mu anonymizovala osobní údaje v zápisech obsažených, či vylučovala z nich informace chráněné právy třetích osob apod.²² K ochraně takto zpřístupněných chráněných údajů slouží zejména povinnost mlčenlivosti, kterou jsou všechny osoby přicházející do styku s těmito údaji vázány.

Jak už však bylo zmíněno, právo na nahlížení do originálních dokumentů obce zákon o obcích přiznává pouze úzké skupině osob výslovně jmenovaných v ustanovení §§ 16 a 17 zákona. Jiné osoby, pokud se přímo neúčastnily veřejného zasedání obecního zastupitelstva, mají možnost o jeho jednání získat informace v režimu zákona o svobodném přístupu k informacím. Zde však platí přísné dodržování jeho ustanovení § 8a, podle něž takové informace, které se týkají osobnosti, projevů osobní povahy a soukromí fyzické osoby, a osobní údaje povinný subjekt poskytne jen v souladu s právními předpisy upravujícími jejich ochranu. To znamená, že obec před poskytnutím informací ze zápisů z jednání svého zastupitelstva musí pečlivě zvážit, zda se v daném případě nejedná o zásah do soukromí fyzických osob a zda se na požadované informace nevztahuje ochrana podle uvedených právních předpisů.²³ V takovém případě je obec povinna předmětné údaje před poskytnutím anonymizovat, a to takovým způsobem, aby nemohlo dojít k jejich vztahení ke konkrétně určenému či určitelnému subjektu. Obdobné podmínky platí také pro zpřístupnění obecním zastupitelstvem přijatých usnesení.

V souvislosti s poskytováním informací ze zápisů o jednání obecního zastupitelstva je však třeba mít na paměti také ustanovení § 5 odst. 2 písm.

²¹ MATES, P.: Právo na informace a ochrana osobních údajů. Právní rádce 2/2011, ISSN1210-4817. Dostupný na http://pravniradce.ihned.cz/c4-10077470-50634970-F00000_d-pravo-na-informace-a-ochrana-osobnich-udaju [citováno 4. dubna 2011].

²² KORBEL, F.: Právo na informace v územních samosprávných celcích. ASPI, 2010. LIT34570CZ.

²³ BARTÍK, V., JANEČKOVÁ, E.: Ochrana osobních údajů v aplikační praxi : vybrané otázky. 2. vydání. Praha : Linde, 2010, ISBN 978-80-7201-8130, s. 64.

f) zákona o ochraně osobních údajů, které umožňuje bez souhlasu poskytnout osobní údaje o veřejně činné osobě, funkcionáři či zaměstnanci veřejné správy, které vypovídají o jeho veřejné anebo úřední činnosti či o jeho funkčním nebo pracovním zařazení.

S veřejností jednání obecních zastupitelstev souvisí také otázka možnosti pořizování zvukových a obrazových záznamů. Pořizování těchto záznamů pro zpravodajské účely je možné na základě zpravodajské licence zakotvené v ustanovení § 12 odst. 3 občanského zákoníku. Možné je rovněž pořizování zvukového záznamu pro účely zpracování zápisu ze zasedání zastupitelstva, a to na základě úřední licence zakotvené v ustanovení § 12 odst. 2 občanského zákoníku.²⁴

Konečně však přichází v úvahu také pořizování zvukového či obrazového záznamu jinými subjekty než k tomu oprávněnými na základě zpravodajské či úřední licence. Pro tyto případy pak nepochybně platí výše uvedené ustanovení § 5 odst. 2 písm. f) zákona o ochraně osobních údajů, na jehož základě lze pořizovat záznamy i bez souhlasu členů obecního zastupitelstva, neboť jde o funkcionáře veřejné správy a zároveň jde o jejich veřejnou či úřední činnost.

Na jednání zastupitelstva však mohou vystupovat i přítomní občané obce či další fyzické osoby. V jeho průběhu tak může rovněž docházet ke zpracování jejich osobních údajů. Otázkou zde však zůstává, zda je osoba pořizující záznam povinna si k tomu vyžádat souhlas všech přítomných, či zda je pořizování takového záznamu obecně vyloučeno z právní ochrany dané zákonem o ochraně osobních údajů a ustanovením § 12 občanského zákoníku. Podle A. Furka a L. Rothanzla lze vynětí z takové ochrany vztáhnout pouze na vystupování členů obecního zastupitelstva, nikoli však k dalším subjektům, které se jeho zasedání účastní. Svůj argument autoři opírají zejména o rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 8. 2005 č.j. 6 As 40/2004²⁵, z něž lze dovodit, že samotný fakt veřejnosti zasedání povinnou ochranu soukromí a osobních údajů ve výstupech z těchto zasedání nijak nevylučuje.²⁶ Naproti tomu P. Mates má za to, že ten, kdo se účastní jednání, které je veřejné, si musí být vědom, že v přiměřeném

²⁴ Poskytnutí takového záznamu jiným osobám by však bylo možné jen za podmínek zákona o svobodném přístupu k informacím, nebo na základě souhlasu všech dotčených subjektů osobních údajů podle zákona o ochraně osobních údajů.

²⁵ Dostupný na www.nssoud.cz.

²⁶ FUREK, A., ROTHANZL, L.: Zákon o svobodném přístupu k informacím. Komentář. Praha : Linde, 2010, ISBN 978-80-7201-788-1, s. 204-205.

rozsahu může dojít ke zpracování jeho osobních údajů, zvláště pokud zde aktivně vystoupí, předloží návrh či bude aktérem diskuse.²⁷

Princip veřejnosti naopak neplatí pro schůze rad obcí. Proto občané obce a další oprávněné fyzické osoby nemohou informace o jejich činnosti získat svou přímou účastí na jejich jednání. Z něj se rovněž pořizují zápisy. Ty jsou však v souladu s ustanovením § 101 odst.3 zákona o obcích na obecním úřadě k dispozici pouze členům zastupitelstva obce. Ostatní osoby mohou informace o jednání rady obce získat pouze v režimu zákona o svobodném přístupu k informacím a za podmínek v něm uvedených. Naopak usnesení přijímaná radou obce z práva na nahlížení podle ustanovení § 16 odst. 2 písm. e) zákona o obcích vyloučena nejsou, a proto pro jejich zpřístupnění platí stejné podmínky jako pro zpřístupnění zápisů a usnesení obecního zastupitelstva.²⁸

Jak bylo uvedeno výše, vedle přímé účasti na jednání obecních zastupitelstev či žádosti v režimu obecního zákona o svobodném přístupu k informacím a ustanovení § 16 odst. 2 písm. e) zákona o obcích mohou být informace o činnosti obce získány také jejich zveřejněním - zpravidla na úřední desce obce. Ve vztahu k ochraně soukromí fyzických osob je pak podstatné zveřejňování takových informací, které obsahují osobní údaje. Příkladem může být zveřejnění žádosti o vydání integrovaného povolení podle zákona č. 76/2002 Sb., o integrované prevenci a omezení znečištění, o integrovaném registru znečišťování a o změně některých zákonů (zákon o integrované prevenci), ve znění pozdějších předpisů. Ten v ustanovení § 8 ukládá zveřejnění stručného shrnutí údajů ze žádosti o vydání integrovaného povolení, jejíž povinnou náležitostí jsou mimo jiné také údaje o jménu a příjmení, identifikačním čísle osoby, čísle občanského průkazu a není-li vydán, tak číslo dokladu, který jej nahrazuje, adrese místa trvalého pobytu či adrese určené pro doručování.²⁹ Podobně zveřejnění osobních údajů předpokládá také zákon o obcích, když ve svém ustanovení § 39 požaduje zveřejnění záměru obce disponovat s majetkem, jehož součástí může být také konkretizace druhé smluvní strany.

V takových případech pak platí, že rozsah takto zveřejněných osobních údajů by měl být v co největší míře minimalizován, a to v souladu s požadavkem ustanovení § 5 odst. 3 a § 10 zákona o ochraně osobních údajů, podle nějž je správce údajů při zpracování osobních údajů povinen dbát práva na ochranu soukromého a osobního života subjektu údajů. Podle P.

²⁷ MATES, P.: Právo na informace a ochrana osobních údajů. Právní rádce 2/2011, ISSN1210-4817. Dostupný na http://pravniradce.ihned.cz/c4-10077470-50634970-F00000_d-pravo-na-informace-a-ochrana-osobnich-udaju [citováno 4. dubna 2011].

²⁸ BARTÍK, V., JANEČKOVÁ, E.: Ochrana osobních údajů v aplikační praxi : vybrané otázky. 2. vydání. Praha : Linde, 2010, ISBN 978-80-7201-8130, s. 64.

²⁹ Tamtéž, s. 62.

Matese není v takových případech zejména nutné uvádět rodná čísla či národnost. V závislosti na velikosti obce postačí zpravidla jen jméno a příjmení, adresa bydliště a popřípadě datum narození.³⁰

5. ZÁVĚREM

Jak bylo výše poukázáno, existence rozličných skupin subjektů, které mají v různé míře právo na přístup k informacím o činnosti a fungování obce, i různorodost způsobů a prostředků, jimiž lze takové informace získat, vyvolávají často problémy v aplikační praxi. Přetrvávají zejména otázky, za jakých podmínek mohou být konkrétní informace zveřejněny a zda a v jaké míře může být při realizaci práva na informace zasaženo do soukromí fyzických osob.

I přesto by však obce při jejich řešení měly vždy respektovat především základní principy výjimek z práva na informace a zásahů do soukromí a postupovat tak, aby při zachování všech atributů otevřené veřejné správy nedocházelo k neoprávněným újmám na soukromém a osobním životě. Takový postup bude spočívat především v pečlivém dodržování zákonných pravidel, v poměřování obou základních práv a v poskytování takových údajů, jejichž obsah neohrozí kvalitu zpřístupňovaných informací, ale zároveň neodůvodněným a nadbytečným způsobem nezasáhne do soukromí a soukromého života člověka.

Literature:

- BARTÍK, V., JANEČKOVÁ, E.: Ochrana osobních údajů v aplikační praxi : vybrané otázky, 2. vydání, Praha : Linde, 2010, 263 s., ISBN 978-80-7201-8130.
- EICHLEROVÁ, K.: Základní východiska zásady veřejnosti v oblasti výkonu veřejné moci. Správní právo, Praha : Ministerstvo vnitra, 5/2000, dostupné na www.otevrete.cz.
- FUREK, A., ROTHANZL, L.: Zákon o svobodném přístupu k informacím. Komentář, Praha : Linde, 2010, 671 s., ISBN 978-80-7201-788-1.

³⁰ MATES, P.: Právo na informace a územně samosprávné celky. Právní rádce 1/2004, ISSN 1210-4817, s. 53.

- HENDRYCH, D.: Správní právo : obecná část, Praha : C.H. Beck, 2009, 837 s., ISBN 978-80-7400-049-2.
- KOUDELKA, Z., ONDRUŠ, R., PRŮCHA, P.: Zákon o obcích (obecní zřízení) : komentář : podle stavu k 1. 3. 2009, 4. doplněné vydání, Praha : Linde, 2009, 448 s., ISBN 978-80-7201-760-7.
- KORBEL, F.: Právo na informace v územních samosprávných celcích, ASPI, 2010, LIT34570CZ.
- MATES, P.: Právo na informace a ochrana osobních údajů, Právní rádce 2/2011, ISSN1210-4817, dostupný na http://pravniradce.ihned.cz/c4-10077470-50634970-F00000_d-pravo-na-informace-a-ochrana-osobnich-udaju.
- MATES, P.: Právo na informace a územně samosprávné celky, Právní rádce 1/2004, s. 51 - 53, ISSN 1210-4817.
- MATES, P.: Ochrana osobních údajů, Praha : Univerzita Karlova, 2002, 73 s., ISBN 80-246-0469-8.
- MATES, P.: Ochrana soukromí ve správním právu, Praha : Linde, 2006, 313 s., ISBN 25-88072-0158-93.
- Transparency International – Česká republika: Možnosti přístupu k informacím o projektech podporovaných ze strukturálních fondů EU – Právní analýza, Praha, 2007, dostupný na www.transparency.cz.
- TURČÍN, J.: Právo na informace a činnost orgánů obce, Právní rádce 1/2001, s. 17 - 19., ISSN 1210-4817.
- VEDRAL, J., VÁŇA, L., BŘEŇ, J., PŠENIČKA, S.: Zákon o obcích (obecní zřízení). Komentář, 1. vydání, Praha : C. H. Beck, 2008, 876 s., ISBN 978-80-7179-597-1.
- ZIKMUNDOVÁ, S. et al. Otevřený úřad a principy dobré správy „Zavíráme?“ . In Principy dobré správy - Sborník příspěvků přednesených na pracovní konferenci Kanceláře veřejného ochránce práv. (Hrabcová, D.

ed), Brno : Vydavatelství Masarykovy univerzity, 2006, s. 157-178, 21 s.
ISBN 80-210-4001-7.

Contact – email
134581@mail.muni.cz

PRÁVO K DATABÁZE A JEHO BUDÚCNOSŤ

Zuzana ADAMOVIČ

O správnosti rozhodnutia prijať smernicu o právnej ochrane databáz¹ sa diskutuje vlastne už od čias predloženia prvého návrhu smernice, ktorý prijatiu smernice predchádzal o šesť rokov. Kontroverzná sa pritom javí najmä tá časť úpravy, ktorá priznáva ochranu sui generis tým databázam, ktoré sú výsledkom podstatného kvalitatívneho alebo kvantitatívneho vkladu. Rôznorodá judikatúra v jednotlivých členských štátoch EÚ a problematická vymožitelnosť mimo EÚ sú dôvodmi, prečo sú úvahy o budúcnosti práva k databáze na mieste.

Na úvod treba pripomenúť, že autorskoprávna ochrana a ochrana sui generis nie sú jedinými spôsobmi na ochranu databáz. Významným nástrojom je najmä súťažné právo a podpornú úlohu plní aj technologická ochrana (podmienенý prístup) či zmluvné právo. Z hľadiska medzinárodného práva je potrebné ďalej zdôrazniť, že pokiaľ ide o autorskoprávnu ochranu,² jej korene možno nájsť v Bernskom dohovore,³ a pôvodné kompilácie sú chránené aj v zmysle čl. 10 ods. 2 TRIPS⁴ a čl. 5 WCT.⁵ To znamená, že v prípade databáz chránených autorským právom sa na medzinárodnej úrovni uplatňuje princíp národného zaobchádzania. To však neplatí v prípade ochrany databáz sui generis. Takéto databázy totiž nespádajú medzi literárne ani umelecké diela v zmysle čl. 2 BD, ani nie sú zahrnuté do definície pojmu duševné vlastníctvo v zmysle čl. 1.2 TRIPS a rozhodne nie sú zahrnuté ani do priemyselného vlastníctva v súlade s čl. 1.2 Parížskeho dohovoru.⁶ Pri porušení práv k databáze v štáte mimo EÚ sa preto nemožno

1 Smernica Rady a Európskeho parlamentu 96/9/ES z 11. marca 1996 o právnej ochrane databáz (Mimoriadne vydanie Ú.v. EÚ, kap. 13/zv. 15, Ú.v. ES L 77, 27.3.1996); (ďalej len smernica)

2 Aj v prípade autorskoprávnej ochrany treba v globálnom rozmere rozlišovať štáty, ktoré na autorskoprávnu ochranu vyžadujú tvorivý výber alebo usporiadanie, tie štáty, ktoré vyžadujú schopnosti a prácu („Skill and Labour“) či také štáty, ktoré vyžadujú duševnú prácu.

3 Bernský dohovor o ochrane literárnych a umeleckých diel z 9. septembra 1886 v znení neskorších revízií (ďalej len BD).

4 Dohoda o obchodných aspektoch práv duševného vlastníctva (súčasť Dohody o založení Svetovej obchodnej organizácie z 15. apríla 1994)

5 Zmluva WIPO o autorskom práve z 20. decembra 1996.

6 Parížsky dohovor na ochranu priemyselného vlastníctva z 20. marca 1883 v znení neskorších revízií.

domáhať ochrany s odkazom na národné zaobchádzanie; národný režim sa však môže uplatňovať v rámci bilaterálnych vzťahov.

Smernica definuje databázu relatívne široko ako zbierku nezávislých diel, údajov alebo iných nezávislých materiálov systematicky alebo metodicky usporiadaných a individuálne prístupných elektronickými alebo inými prostriedkami. Pôvodne sa v návrhu smernice uvažovalo o tom, že sa smernica sa bude vzťahovať len na databázy v elektronickej forme; tento návrh však neprešiel a rovnaká ochrana sa poskytuje aj „ne-elektronickým“ databázam. Databázy môžu byť v zmysle smernice chránené autorským právom alebo právom sui generis.

Je zaujímavé sledovať, aké množstvo súdnych rozhodnutí bolo v Európe prijatých vo vzťahu k databázam. V tomto smere zrejme najkomplexnejší zdroj informácií predstavuje Inštitút pre informačné právo (IViR) v Amsterdame, ktorý sa tejto problematike venuje už od niekoľko rokov.⁷ Okrem početných a vskutku rôznorodých rozhodnutí súdov jednotlivých členských štátov EÚ sa však tejto téme niekoľkokrát venoval aj Súdny dvor EÚ. Najznámejšie sú jeho rozsudky týkajúce sa futbalových zápasov a konských dostihov, kde predbežné otázky smerovali k tomu, či sú rozpisy športových zápasov chránené ako databázy. Doteraz sa však závery súdu týkali len ochrany databáz sui generis v zmysle čl. 7 smernice, a nie autorskoprávnej ochrany databáz v zmysle čl. 3 smernice.

Súdny dvor EÚ v rozsudkoch vo veciach C-46/02 Fixtures Marketing Ltd vs. Oy Veikkaus Ab, C-338/02 Fixtures Marketing Ltd vs. Svenska Spel či C-444/02 Fixtures Marketing Ltd vs. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP) zhodne uviedol, že rozpisy športových zápasov možno považovať za databázy v zmysle čl. 1 ods. 2 smernice, a teda že ide o zbierku nezávislých diel, údajov alebo iných nezávislých materiálov systematicky alebo metodicky usporiadaných a individuálne prístupných elektronickými alebo inými prostriedkami.

Avšak, na druhej strane, SD EÚ dospel k záveru, že v daných prípadoch nie sú splnené predpoklady na priznanie ochrany sui generis podľa čl. 7 smernice. Podľa názoru súdu, pojem vklad do získania obsahu databázy v zmysle článku 7 ods. 1 smernice sa má chápať ako označujúci prostriedky

⁷ Bližšie <http://www.ivir.nl/files/database/index.html#Implementation> [cit. 2011-05-25].

určené na vyhľadávanie existujúcich materiálov a na ich zhromažďovanie do uvedenej databázy. Pod pojmom vklad nemožno rozumieť prostriedky použité na vytvorenie základných materiálov obsahu databázy. V súvislosti s vypracovaním rozpisu zápasov na účel organizácie futbalových súťaží nie sú vkladom prostriedky určené na stanovenie dátumov, hodín a dvojíc futbalových mužstiev, ktoré sa týkajú rôznych zápasov týchto súťaží.⁸

K podobnému záveru došiel SD EÚ aj vo veci C-203/02 *The British Horseracing Board Ltd a i. vs. William Hill Organization Ltd*, ktorá sa týkala konských dostihov. Ani v danom prípade prostriedky vynaložené na zostavenie zoznamu koní, ktoré sa zúčastnia jedných dostihov, a na overenia vykonané v tejto súvislosti, nie sú vkladom do získania a overenia obsahu databázy, v ktorej je tento zoznam obsiahnutý.

Podstatným vkladom na účely ochrany *sui generis* je totiž získanie, overenie alebo predvedenie obsahu databázy (čl. 7 ods. 1 smernice). Jedine táto forma investície je rozhodná pre určenie, či vzniká osobitné právo zhotoviteľa databázy. Získaním sa pritom rozumie nadobudnutie už preexistujúcich dát, diel alebo materiálov, nie ich vytváranie (C-46/02). Priradenie dátumu k zápasu sa však považuje za vytvorenie údaju a nie je výberom ani usporiadaním. Rovnako platí, že vklad vynaložený na overenie už počas vytvárania materiálov, ktoré sú následne zozbierané do databázy, tiež nespadá do tejto definície.⁹ Overenie zahŕňa skontrolovanie, opravu a aktualizáciu dát, ktoré už existujú v databáze, ale nie overenie vytváraných dát. Ani investícia do vytvorenia dát sa neberie do úvahy, na rozdiel od investície do nadobudnutia už existujúcich dát.¹⁰

Pojem vklad do získania obsahu sa teda musí chápať tak, aby odkazoval na zdroje na vyhľadávanie existujúcich nezávislých materiálov a ich

⁸ Na uvedenom závere nič nezmenili ani skutočnosti, že pri vypracovaní rozpisov treba zohľadniť istý počet faktorov, akými sú rešpektovanie striedania športových zápasov doma a vonku, snaha vyhnúť sa zápasom viacerých klubov z toho istého mesta a v ten istý deň na domácej pôde, obmedzenia vyplývajúce z medzinárodných rozpisov, konanie iných verejných podujatí a disponibilita policajných zložiek. Počas sezóny sa rozpisy ďalej prispôbujú zmenám, ktoré sú diktované napríklad požiadavkami televíznych staníc alebo odkladom futbalových zápasov z dôvodu klimatických podmienok (bod 10 a 12 rozsudku vo veci C-46/02).

⁹ HUGENHOLTZ, B. In DREIER, T. – HUGENHOLTZ, P. B. (eds.): *Concise European Copyright Law*. Kluwer Law International, 2006, s. 329.

¹⁰ WALTER, M. M. - LEWINSKI, S. von .: *European Copyright Law. A commentary*. Oxford University Press, 2010, s. 746.

zozbieranie do databázy. Nepokrýva to zdroje používané na vytvorenie materiálov, ktoré tvoria obsah databázy.¹¹ V uvedených súdnych rozhodnutiach však získavanie a zhromažďovanie údajov bolo spojené s ich vytváraním, a teda nebolo nevyhnutné vynaložiť žiaden vklad na získanie už existujúcich údajov. Podľa názoru súdu, prostriedky vynaložené na zhotovenie zoznamu koní zúčastňujúcich sa dostihu a overovania v tomto rámci nezodpovedajú vkladu spojenému so zaobstaraním a overením obsahu databázy, ktorá obsahuje tento zoznam (C-203/02). Podobne tiež, v kontexte zostavovania rozpisov podujatí na účely organizácie ligových súťaží vo futbale, sa teda nezahŕňajú prostriedky vynaložené na určenie dátumov, časov konania a súperiacich družstiev u jednotlivých podujatí týchto ligových súťaží (C-46/02).

I keď v niektorých prípadoch je jednoduché určiť, či ide o vytvorenie nového údaje alebo o zozbieranie už existujúcich údajov, niektoré prípady také jednoznačné nebudú. Hugenholtz menuje napríklad zbieranie meteorologických údajov, ako napríklad najvyššia denná teplota v konkrétnej lokalite.¹² Derclaye spomína tiež zber údajov o ľudskom genóme či o novoobjavených planétach, kométach, galaxiách a hviezdach.¹³ Podľa nášho názoru však vo svetle rozhodnutí SD EÚ v takýchto prípadoch vždy pôjde o vytváranie údajov, a preto ochrana sui generis nebude aplikovateľná. Otázne skôr je, či je správne, že sú z ochrany vylúčené databázy, ktorých podstatný vklad spočíva vo vytvorení údajov tvoriacich obsah databázy. Podľa nášho názoru, práve takéto databázy si totiž zaslúžia osobitnú ochranu. Navyše súčasným výkladom ustanovení smernice sa podstatným spôsobom zužuje rozsah jej aplikácie.

V najnovšom návrhu na začatie konania o predbežnej otázke vo veci C-604/10 Football Dataco Limited a i. vs. Yahoo UK Limited a i. sa však pozornosť upriamuje na to, či môžu byť rozpis futbalových zápasov

11 DAVISON, M., J. - HUGEHLTZ, B. Football fixtures, horse races and spin-offs: the ECj domesticates the database right. EIPR [online] 2005, Issue no. 3. [cit. 2011-05-25]

http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/EIPR_2005_3_databaseright.pdf

12 Idem, s. 6. V roku 2008 sa na Slovensku v médiách riešil spor medzi Slovenským hydrometeorologickým ústav a spoločnosťou Omega plus, ktorá podľa názoru druhej strany preberala predpovede počasia (aktuálne výšky teploty) a sprístupňovala ich na svojej webovej stránke www.meteo.sk. Bližšie <http://www.sme.sk/c/4018705/shmu-podozrieva-meteo-ze-opisuje.html> [cit. 2011-05-25].

13 DERCLAYE, E.: Database „Sui Generis“ Right: Should we Adopt the Spin-Off Theory. EIPR [online], 2004, 26, s. 15. http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=estelle_derclaye [cit. 2011-05-25].

chránené ako databázy autorským právom. Apelačný súd sa dokonca zamýšľa, že je naozaj zvláštne, že účastníci týchto [rozumej prechádzajúcich] konaní sa neodvolávali na článok 3 smernice (bod 19). V tejto súvislosti je potrebné zodpovedať otázku, ako treba klasifikovať databázy v zmysle smernice. V ustanovení čl. 1 ods. 2 sa totiž nachádza základná definícia pojmu databáza. Ak sú splnené ďalšie predpoklady, databáza môže byť chránená autorskoprávne (čl. 3) alebo právom k databáze *sui generis* (čl. 7). Zastávame však názor, že môže nastať situácia, kedy databáza bude vyhovovať definícii uvedenej v čl. 1, avšak nebude spĺňať kritériá na poskytnutie ochrany podľa čl. 3 ani podľa čl. 7. V opačnom prípade by sme museli nevyhnutne vyvodiť, že ak databáza nie je chránená právom *sui generis*, je chránená autorským právom. Takýto záver však rozhodne nie je správny.

Zaujímavé sú však i dôvody úvahy, ktoré by mohli viesť k autorskoprávnej ochrane databázy. V návrhu vo veci C-604/10 sa uvádza, že i keď „autor“ rozpisov musí postupovať v rámci určitých pravidiel, tento proces nie je ani zďaleka len mechanický (bod 4). Sudca v konaní dospel k záveru, že proces prípravy rozpisov zápasov si vyžaduje značné úsilie a schopnosť pri plnení mnohých, často protichodných požiadaviek dotknutých subjektov. Nejde teda o proces, pri ktorom by každý dospel k rovnakému výsledku. Táto práca nie je iba uplatňovaním rigidných kritérií na spracovávanie údajov. Úplne sa odlišuje od zostavovania telefónneho zoznamu, keďže v každej fáze je priestor na uplatnenie úsudku a schopností. Ako teda vyplýva z návrhu, príprava rozpisu zápasov si vyžaduje v značnej miere úsudok a schopnosti ich tvorcu. Sudca dospel k záveru, že takáto príprava si vyžaduje tvorivú prácu značného rozsahu, ktorý je oveľa väčší ako v prípade kompilácie niekoľkých záznamov na CD, ktorý je ako príklad uvedený v odôvodnení č. 19 smernice (bod 5).

Podľa článku 3 ods. 1 smernice, sú databázy, ktoré predstavujú spôsobom výberu alebo usporiadaním ich obsahov autorov vlastný duševný výtvor, chránené ako také podľa autorského práva. Žiadne iné kritériá sa nebudú uplatňovať pri rozhodovaní o vhodnosti takejto ochrany. Z uvedeného vyplýva, že predpokladom ochrany je vlastná duševná činnosť autora databázy a preexistencia údajov, ktoré budú vybrané alebo usporiadané do obsahu databázy. To, že sa nebudú uplatňovať žiadne iné kritériá znamená napríklad to, že databáza nemusí byť z oblasti umenia alebo vedy,¹⁴ nemusí

¹⁴ Slovenský autorský zákon (zákon č. 618/2003 Z. z. v znení neskorších predpisov; ďalej slovenský AZ) však nerozlišuje medzi jednotlivými druhmi autorských diel a formálne „vyžaduje“ splnenie rovnakých pojmových znakov napríklad aj pri databáze (súbornom diele) či dokonca počítačovom programe.

spĺňať osobitné kritériá na kvalitu a podobne. „Autor“ futbalových rozpisov vo veci C-604/10 síce opísal svoju prácu ako „kombináciu umenia a vedy“ a tvrdil, že „tabuľka, ktorú vytvára, vyjadruje jeho snahu dosiahnuť spravodlivú a primeranú rovnováhu medzi kolidujúcimi dátumom a párovacími žiadosťami každého klubu“, takéto tvrdenie je však irelevantné pre poskytnutie autorskoprávnej ochrany k databáze.

Napriek tomu, že zostavenie rozpisov športových zápasov môže byť náročnou aktivitou vyžadujúcou aj určitú podobu tvorivosti, zastávame názor, že nemôže ísť o autorskoprávne chránenú aktivitu. Aby databáza bola autorskoprávne chránená, tak údaje, ktoré sú v nej zahrnuté musia vykazovať určitú úroveň usporiadateľskej činnosti. V prípade vytvárania rozpisov zápasov sa však „usporiadateľská aktivita“ týka len vhodného termínu zápasu, ale v konečnom dôsledku nezáleží na tom, kde v databáze sa bude predmetná informácia nachádzať. „Povahovou (tvorivou) podstatou usporiadateľskej činnosti je koordinácia, spočívajúca najmä vo výbere a usporiadaní jednotlivých diel, príp. iných prvkov“.¹⁵ V prípade športových rozpisov sa však „výber a usporiadanie“ prejavuje vo vytváraní samotného údaju (napr. priradení dátumu) a nie vo vytváraní databázy.

Treba pripomenúť, že ak by ale SD EÚ priznal rozpisom športových zápasov autorskoprávnu ochranu, účinok by sa prejavil aj na iných predmetoch, napr. na zostavovaní televíznych programov, ktoré si rovnako vyžadujú veľa času, energie a schopností (bod 19). Tu možno ale skôr nájsť analógiu so súčasnou slovenskou právnou úpravou, ktorá priznáva ochranu „pásmu“ (napr. pásmo rozprávok, pásmo detektívnych príbehov a pod.). Rozdiel medzi pásmom (§7 ods. 2 slovenského AZ) a televíznym programom pritom nemusí byť už taký zásadný. Zastávame však názor, že rozpis televízneho programu by rozhodne mal byť chránený skôr osobitným právom k databáze ako autorským právom.

Každopádne, rozšírenie autorskoprávnej ochrany na rozpisy športových zápasov nepovažujeme za vhodné, nakoľko by išlo len o ďalšiu nežiaducu hypertrofiu autorskoprávnej ochrany. Celkovo bude zaujímavé sledovať ďalší vývoj v oblasti právnej ochrany databáz. Aktuálne sa síce oficiálne nediskutuje o zmene textu smernice, avšak tá bude zrejme nevyhnutná.

¹⁵ TELEČ, I. – TŮMA, P.: Autorský zákon. Komentář. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 58.

REPUTATION PARASITISM AND INTERNET

STANISLAV BARKOCI

Faculty of Law, Comenius University in Bratislava (Department of
Commercial, Financial and Economic Law), Slovak Republic

Abstract in original language

Internet ako hospodárske súťažné prostredie poskytuje široké spektrum možností na uplatnenie záujmov súťažiteľov. Ekonomická dostupnosť a výrazná efektívnosť internetového marketingu atraktivitu tohto súťažného priestoru iba zvyšuje. S prenikaním konkurenčného boja na internet je spojené aj prenikanie nekalosúťažných praktík a využívanie osobitostí internetu na ich realizáciu. Príspevok je venovaný jednej z nekalosúťažných praktík, ktorou je parazitovanie na povesi podniku, výrobkov alebo služieb súťažiť a s ňou spojenými špecifikami.

Key words in original language

nekalá súťaž, internet, parazitovanie na povesi

Abstract

Internet as a competitive economic environment provides competitors a wide range of options for application of their interests. Economic availability and significant efficiency of internet marketing even increases attractiveness of this competition area. Transfer of competition to internet is followed by transfer of unfair practices and exploitation of internet specifics for their implementation. Paper is focused on one of unfair practices, which is parasitism on reputation of enterprise, products or services of a competitor and related specifics.

Key words

unfair competition, internet, reputation parasitism

Úvod

Hospodárska súťaž prebiehajúca v prostredí internetu sa vyznačuje špecifikami, ktoré umožňujú súťažiť na dosiahnutie svojich cieľov uplatniť nekonvenčný prístup k použitiu niektorých súťažných nástrojov a tým získať želaný náskok pred konkurenciou. Právny poriadok sa v mnohých prípadoch pomerne ťažko vysporiadava s invenciou súťažiť a vôbec právnou reguláciou vzťahov, k vzniku ktorých v spojitosti s internetom dochádza. Príčin môže byť viacero a nemusia platiť všeobecne.

Jedným z dôvodov je určite rýchle tempo vývoja informačných technológií a charakter internetu ako média globálnych rozmerov. Právna úprava nedokáže v nadnárodnom rozmere kopírovať dynamiku rozvoja internetu, v dôsledku čoho aj napriek existencii národných úprav obmedzujúcich alebo zakazujúcich využívanie niektorých internetových technológií, jednoduchosť a rýchlosť ich využitia v iných krajinách bez náležitej právnej úpravy umožňuje ich aplikáciu. V prenesení tohto konštatovania na problematiku nekalej súťaže je možné uviesť ako príklad niektoré nekalosúťažné nástroje (napr. linking, framing, meta-tagging, cybersquatting), ktorých používanie je v krajinách dlhodobejšie využívajúcich internet ako hospodársky priestor pomenované ako nekalosúťažné a taktiež ako nekalosúťažné aj postihnutelné.

Parazitovanie na povesti

Rozšíreným nekalosúťažným fenoménom v priestore internetu je parazitovanie. Parazitovanie môže mať veľké množstvo podôb a je charakteristické prelínaním sa s inými pomenovanými skutkovými podstatami nekalej súťaže. Obchodný zákonník v § 48 vymedzuje parazitovanie na povesti nasledovne:

Parazitovaním je využívanie povesti podniku, výrobkov alebo služieb iného súťažiteľa s cieľom získať pre výsledky vlastného alebo cudzieho podnikania prospech, ktorý by súťažiteľ inak nedosiahol.

V rámci úpravy Obchodného zákonníka ide o samostatnú skutkovú podstatu, ktorej naplnenie však v praxi často býva spojené ďalšími skutkovými podstatami nekalej súťaže ako klamlivá reklama alebo vyvolanie nebezpečenstva zámeny. K naplneniu skutkovej podstaty parazitovania na povesti je okrem základného predpokladu, nekalosúťažného konania, teda konania v hospodárskej súťaži, ktoré je v rozpore s dobrými mravmi súťaže a je spôsobilé privodiť ujmu iným súťažiteľom alebo spotrebiteľom nevyhnutné, aby išlo o konanie úmyselné s cieľom získať neoprávnený prospech pre seba alebo iného a v spojitosti s úmyselnosťou konania je ďalším predpokladom preukázanie zavinenia a teda subjektívnej zodpovednosti za takéto konanie. Na druhej strane z legálnej definície nevyplýva požiadavka zavedenia alebo oklamania adresáta informácie.¹

„Aby bolo parazitovanie na cudzej povesti postihnutelné podľa tohto ustanovenia, musí byť cielené, teda úmyselne orientované. Tento cieľ spočíva v získaní prospechu pre výsledky vlastného alebo cudzieho podniku,

¹ Pozri: Patakyová, M. a kol.: Obchodný zákonník. Komentár. 3. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 142

ale iba takého prospechu, ktorý by súťažiteľ inak ako poukazovaním na povest' výrobkov alebo služieb iného súťažiteľa nedosiahol. Nie je však podmienkou, aby prospech skutočne nastal."²

V spojitosti s parazitovaním by bolo možné spomenúť viacero javov, ktoré sa s ním spájajú ako napríklad tzv. riedenie (dilution)³ alebo spôsobov akými k parazitovaniu dochádza, napríklad v spojitosti s klamlivou reklamou alebo vyvolávaním nebezpečenstva zámeny. V ďalšom texte sa však chcem zamerať na niektoré formy parazitovania na povesti na internete, spomedzi viacerých nekalosúťažných nástrojov využívaných v priestore internetu ako napríklad spamming, cybersquatting, domain grabbing, framing, linking alebo meta-tagging som zvolil na bližšie objasnenie práve posledné dva spomínané.

Je potrebné si uvedomiť, že spomínané spôsoby nekalosúťažného konania na internete, sú len zneužitím technológií, ktorých vývoj, ani prvotné poslanie nesmerovali k ich zneužívaniu a sú v bežnej praxi využívania internetu nevyhnutným nástrojom pre jeho fungovanie a plnohodnotné používanie. Nástrojmi nekalosúťažného konania sa stávajú v dôsledku obsahu, ktorý je ich prostredníctvom sprostredkovaný, resp. spôsob akým je tento obsah sprostredkovaný z nich v niektorých prípadoch robí nástroje nekalej súťaže.

Linking

Jednou z technológií je, ktorá býva často zneužívaná na parazitovanie na povesti je označovaná ako linking. Používanie *odkazov* (označovaných v hovorovej reči ako "link") je jednou zo základných funkcií internetu ako ho poznáme dnes, zabezpečujú nám napríklad možnosť prechádzať jednoduchým kliknutím z jednej webovej stránky na druhú. Z technického hľadiska ide o reťazec v zdrojovom kóde webovej stránky umožňujúci prostredníctvom prehliadača (napr. Internet Explorer, Opera) otvoriť inú webovú stránku, na ktorú *odkaz* smeruje. Pre ešte lepšie pochopenie je potrebné si uvedomiť, že *odkaz* môže smerovať buď na už spomínanú inú stránku alebo aj na inú sekciu tej webovej stránky, na ktorej sa nachádza. Ako je zrejmé z technologického hľadiska ide o bežný nástroj, ktorý s nekalou súťažou nemá nič spoločné. V spojitosti s komercializáciou internetu však dochádza aj k zneužívaniu tejto technologickej funkcie a prostredníctvom nej napríklad aj k parazitovaniu na povesti. O linkingu ako o nekalosúťažnom nástroji môžeme hovoriť napríklad za okolností

² Štenglová, I. - Plíva, S. - Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 185

³ bližšie pozri Pozri: Patakyová, M. a kol.: Obchodný zákonník. Komentár. 3. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 143

popísaných v ďalšom texte. V prípade *odkazu* smerujúceho z jednej webovej stránky na druhú je pomerne časté, že *odkaz* z odkazujúcej stránky nesmeruje na hlavnú stránku (home page) prepájaného webu, ale na niektorú z jeho podstránok alebo inak, na niektorú zo sekcií v rámci štruktúry danej webovej stránky, na ktorú *odkaz* smeruje.⁴ Ako príklad možno uviesť situáciu, keď *odkaz* z jednej stránky smeruje na konkrétnu fotografiu alebo článok v štruktúre inej stránky, pričom užívateľ je k tomu obsahu nasmerovaný priamo bez zhliadnutia domácej stránky (home page). Prepojením odkazu z odkazujúcej stránky priamo na takýto obsah, môže viesť k tomu, že užívateľ sa vyhne prezretiu domácej stránky webu, na ktorý *odkaz* smeruje, pričom obsahom domácej stránky môžu byť informácie o pôvodcovi všetkého obsahu v rámci daného webu, jeho vzťah k obsahu celého webu, prípadne predmetom duševného vlastníctva obsiahnutým v rámci webu. Ďalej v spojitosti s takýmto druhom *odkazu* dochádza veľmi často k parazitovaniu vyvolávaním dojmu, že pôvodcom informácií, ku ktorým *odkaz* smeruje je subjekt prezentovaný odkazujúcou webovou stránkou a nie subjekt, na ktorého stránke sa reálne obsah nachádza. Takýto neoprávnený linking býva často zneužívaný aj v spojitosti s ochrannými známkami, kde prostredníctvom linkingu dochádza k vyvolávaniu dojmu z prepojenia určitých súťažiteľov, čo môže viesť až k zníženiu rozlišovacej spôsobilosti ochrannej známky.

Meta-tagging

V rámci nekalej súťaže v priestore internetu je využívaný tiež tzv. meta-tagging, ktorý podobne ako linking spočíva v zneužití technologického riešenia – meta-tagov⁵, ktoré primárne slúžia ako zdroj informácií o webovej stránke, napríklad o tom aký program bol použitý na vytvorenie stránky, popis stránky a vo vzťahu k nekalosúťažnému konaniu najmä kľúčové slová, ktoré sú relevantné pre danú stránku. Meta-tag je súčasťou zdrojového kódu web stránky a nie je viditeľný. Mechanizmus meta-taggingu je založený na fungovaní internetových vyhľadávačov (napr. Google, Yahoo). Veľa vyhľadávačov používa pri indexovaní web stránok informácie uložené v meta-tagoch. Pri vyhľadávaní informácii na internete prostredníctvom vyhľadávačov (čo je pravdepodobne najčastejší spôsob získavania informácií z internetu) vzniká priestor pre zneužitie meta-tagov na nekalosúťažné účely a to predovšetkým obsiahnutím takých informácií v rámci meta-tagu, na základe ktorých internetový vyhľadávač vyhľadá stránku, ktorej reálny obsah nekorešponduje alebo len nepriamo

⁴ Táto praktika býva nazývaná aj ako deep linking. Deep linking predstavuje formu odkazu, ktorý smeruje na stránku umiestnenú hlbšie v štruktúre webovej stránky a umožňuje nasmerovať užívateľa ku konkrétnemu obsahu bez potreby jeho hľadania v štruktúre webu.

⁵ <http://www.techterms.com/definition/metatag>

korešponduje s kľúčovými slovami obsiahnutými v meta-tagu. V rámci meta-taggingu bývajú zneužívané známe značky, obchodné mená alebo iné známe označenia, pri ktorých zadanie do vyhľadávača, vyhľadávač v dôsledku meta-taggingu vyhľadá stránku subjektu ktorý nemá právo na používanie označenia obsiahnutého v meta-tagu svojej stránky, užívateľ býva často uvedený do omylu a vyhľadávačom nájdenú stránku často navštívi, čím jednak zvyšuje jej návštevnosť a atraktivitu ako reklamného priestoru a tiež pomerne často dochádza k parazitovaniu v dôsledku vyvolania dojmu o spoločnom pôsobení týchto subjektov.

Záver

Dva spomínané spôsoby nekalosúťažného konania môžu pôsobiť na čitateľa abstraktne, avšak ich prítomnosť v rámci súťaže prebiehajúcej na internete je reálna, aj keď pre bežného užívateľa možno nie vždy zrejmá. Užívateľ internetu veľakrát vyhodnotí vyššie popísané javy ako technickú nedokonalosť, napríklad keď mu vyhľadávač navrhuje na otvorenie stránky, po otvorení ktorých sa užívateľ nedočká obsahu, ktorý by korešpondoval s heslom zadávaným do vyhľadávača. Užívateľ môže „chybne“ vyhľadanú web stránku ihneď opustiť a tým je celý proces uzavretý, ale môže na nej aj zotrvať a venovať pozornosť jej obsahu aj napriek tomu, že to pôvodne nemal vôbec v úmysle. V týchto momentoch často dochádza k získaniu neoprávnenej výhody v súťaži a nenápadná chyba vo vyhľadávaní sa môže stať efektívnym súťažným nástrojom v boji s konkurenciou. Tieto nástroje je potrebné vnímať v kontexte rozvinutosti internetového podnikania alebo využívania internetu ako hospodárskeho priestoru, čo v našich podmienkach ešte stále môže vyvolávať pochybnosti o relevancii ich pomenovávaní ako nekalosúťažných nástrojov, je však potrebné uviesť, že ide o nástroje, ktoré sú využívané aj v našom priestore a problém spočíva v ich nedostatočnej identifikácii.

Literature:

- Patakyová, M. a kol.: Obchodný zákonník. Komentár. 3. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2010
- Štenglová, I. - Plíva, S. - Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009
- Švidroň, J. a kol.: Právo duševného vlastníctva v informačnej spoločnosti a v systéme práva. Bratislava: Veda, 2009

- Munková, J.: Právo proti nekalé soutěži: Komentář. Praha: C. H. Beck, 1996

Contact – email

stanislav.barkoci@flaw.uniba.sk

ODPOVĚDNOST VYHLEDÁVAČŮ ZA PORUŠENÍ PRÁV K DUŠEVNÍMU VLASTNICTVÍ

EVA FIALOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Abstract in original language

Internetové vyhledávače slouží uživateli internetu k prohledávání sítě World Wide Web. Na základě vyhledávacího dotazu vytvoří vyhledávač databázi více či méně relevantních odkazů (hyperlinků). Tyto hyperlinky mohou odkazovat na webové stránky, jež svým obsahem porušují autorská práva nebo jiná práva duševního vlastnictví. Na rozdíl od ISP je právní odpovědnost provozovatelů internetových vyhledávačů nejasná. Tento příspěvek se zabývá odpovědností vyhledávačů za porušení práv k duševnímu vlastnictví způsobeného výsledky vyhledávání.

Key words in original language

Vyhledávače, hyperlinky, právo duševního vlastnictví

Abstract

Search engines help an internet user while searching through the World Wide Web. Based on a search query, the search engine will create a database of more or less relevant links (hyperlinks). These hyperlinks can link to websites whose content infringes the copyright or other intellectual property rights. In contrast to the ISP, the liability of the search engines is unclear. This paper deals with the liability of the search engines for the infringement of the intellectual property rights made by search results.

Key words

Search engines, hyperlinks, intellectual property rights

1. Úvod

Málokterý uživatel internetu zadá v současné době do svého internetového prohlížeče přesnou doménovou adresu webové stránky, kterou chce navštívit. K prohledávání internetu použije častěji vyhledávač. Po zadání klíčových slov nabídne internetový vyhledávač uživateli seznam odkazů. Funkcí vyhledávače je právě nasměrovat uživatele internetu¹ na další části sítě.

Přestože mají vyhledávače podstatný vliv na to, k jaké informaci se uživatel dostane, a jaká mu zůstane skryta,² není odpovědnost vyhledávačů, na rozdíl

¹ V tomto textu jsou slova internet a world wide web používána jako synonyma.

² O vlivu vyhledávačů svědčí i neologismus *googlovat* (ang. *to google*, fr. *googler*, něm. *googeln*).

od první úpravy odpovědnosti poskytovatelů služeb informační společnosti (ISP), nikterak právně upravena. Vystává tedy otázka, za jakých podmínek lze činit vyhledávače odpovědnými za porušení práv k duševnímu vlastnictví způsobeného výsledky vyhledávání, neboť právě porušování práv k duševnímu vlastnictví je internetu velmi častým jevem.

2. Obecně o vyhledávačích

2.1 Jak vyhledávače fungují

Po zadání klíčového slova, resp. více klíčových slov, je world wide web prohledán vyhledávacím robotem. Robot shromáždí odkazy, neboli hyperlinky na relevantní webové stránky a uloží je do databáze. V databázi jsou tyto odkazy indexovány, tzn. seřazeny podle důležitosti. Odkazy na webové stránky, které se zdají vyhledávači nejbližší dotazu zadanému uživatelem, se ve výsledku vyhledávání objeví na předních místech.³

Internetové vyhledávače používají různé algoritmy pro ohodnocení důležitosti stránek. Jako příklad můžeme uvést PageRank, který vyvinula společnost Google či S-rank společnosti Seznam. Platí, že čím vyšší ohodnocení webové stránky mají, tím výše je uveden odkaz na jejich stránky v databázi hyperlinků.

Webové stránky používají různé metody mající za cíl objevit se v databázi odkazů na předních místech. Tyto metody se nazývají Search Engine Optimization (SEO), neboli optimalizace pro vyhledávače. Jednou z metod je např. používání vhodných klíčových slov v popisu stránky.⁴

2.2 Druhy vyhledávačů

I když si většina internetových uživatelů při slově vyhledávač představí Google nebo Seznam, jsou tyto internetové vyhledávače pouze zástupci tzv. obecných vyhledávačů. Vedle obecných vyhledávačů existuje celá řada vyhledávačů speciálních. Jsou mezi nimi vyhledávače lokální, zaměřující se na webové stránky určitého města či regionu (např. BrnoCity, Hamburg-web), metavyhledávače, jenž shromažďují hyperlinky jiných vyhledávačů (např. Alenka.cz, MetaSearch.com), a specializované vyhledávače jako například vyhledávače peer-to-peer (FAROO), právnícké vyhledávače (WestLaw), vyhledávače realit (Sreality) nebo zpráv (Google News).

³ Thijm, C. A.: *Nieuwe informatierecht* (Nové informační právo), Haag: Sdu, 2006, s.184.

⁴ Na internetu lze najít celou řadu popisů a návodů, jak optimalizaci pro vyhledávače zlepšit.

3. Odpovědnost internetových vyhledávačů obecně

V českém právním řádu, stejně jako v právních řádech většiny evropských zemí, bychom právní úpravu odpovědnosti vyhledávačů hledali marně. Na místě je otázka, zda vůbec a za jakých okolností lze vyhledávače činit odpovědnými. Vyhledávače slouží pouze jako prostředník mezi ISP a uživatelem internetu. Vyhledávací roboti navíc pracují automaticky, bez přímého přispění lidského faktoru. Z tohoto důvodu není možné provozovatele internetového vyhledávače činit odpovědným za obsah nalezených webových stránek. Provozovatel vyhledávače může být odpovědný pouze za výsledky vyhledávání, resp. za způsob indexování či za to, na jaké webové stránky se zaměřuje.

V současné době se vyhledávače neomezují pouze na vytváření databáze nalezených odkazů, nýbrž poskytují uživatelům i jiné služby, jako je např. internetový portál, často spolu s emailem, zpravodajstvím a katalogem firem. Takový internetový vyhledávač poskytuje služby informační společnosti. Služba informační společnosti je podle § 2 sub a) zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, který transponoval evropskou směrnici č. 2000/31/ES o elektronickém obchodu, jakákoliv služba poskytovaná elektronickými prostředky na individuální žádost uživatele podanou elektronickými prostředky, poskytovaná zpravidla za úplat. Úplata tedy není pro posuzování, zda se jedná o službu informační společnosti, či nikoliv, nezbytná.

Nabízí-li provozovatel internetového vyhledávače službu informační společnosti, plní funkci poskytovatele služby informační společnosti a vztahuje se na něj právní úprava odpovědnosti ISP.

Poskytovatelé služeb informační společnosti poskytují tři základní druhy služeb: zprostředkování informací (mere conduit), automatické dočasné meziukládání informací (caching) a ukládání informací (hostage neboli storage).

Charakter služeb nabízených provozovatelem internetového vyhledávače nad rámec prostého vyhledávání je posuzován jako ukládání informací. Poskytovatel takové služby je za svou činnost odpovědný. Odpovědnosti se může podle § 5 zákona č. 480/2004 Sb. zprostit pouze tehdy, pokud nemohl vzhledem k předmětu své činnosti, okolnostem a povaze případu vědět, že obsah ukládaných informací je protiprávní, nebo dozvěděl-li se prokazatelně o protiprávní povaze obsahu ukládaných informací a neprodleně učinil veškeré kroky k odstranění nebo znepřístupnění takovýchto informací.

4. Odpovědnost vyhledávačů za porušení práv k duševnímu vlastnictví

Jelikož je druhů práv k duševnímu vlastnictví celá řada, bude následující část věnována pouze odpovědnosti za porušení práv, která se zdají být v současné době nejdůležitějšímu v souvislosti s odpovědností internetových vyhledávačů. Jsou jimi autorské právo, právo k databázi a právo k ochranné známce.

4.1 Odpovědnost za porušení autorského práva

Podle § 2 odst. 1 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském je předmětem autorského práva dílo literární a jiné dílo umělecké a dílo vědecké, které je jedinečným výsledkem tvůrčí činnosti autora a je vyjádřeno v jakékoli objektivně vnímatelné podobě včetně podoby elektronické, trvale nebo dočasně, bez ohledu na jeho rozsah, účel nebo význam. Na internetu se vyskytuje celá řada typů autorských děl. Jedná se zejména o díla hudební, audiovizuální, literární a fotografická.

Autorovi díla svědčí výlučná práva osobnostní a majetková. Autor má právo rozhodnout o zveřejnění svého díla (§ 12 odst. 1) a právo na to, aby bylo jeho autorství při zveřejnění uvedeno (§ 12 odst. 2). Dále má autor právo dílo užít. Autorský zákon má užitím díla na mysli i sdělování díla veřejnosti (§ 12 odst. 4). Sdělováním díla veřejnosti podle § 18 je také zpřístupňování díla veřejnosti takovým způsobem, že k němu může mít přístup kdokoli, a to na místě a v čase podle své vlastní volby, zejména počítačovou nebo obdobnou sítí.

Kdo bez souhlasu autora dílo zveřejní či sdělí veřejnosti, dopouští se (s výjimkou zákonných licencí) porušení autorského práva. Porušení autorského práva se tedy dopouští uživatel internetu, jenž nabízí díla chráněná autorským právem. Provozovatel vyhledávače nemůže ovlivnit obsah webových stránek, pokud je neprovozuje on sám, či jiný provozovatel, jehož jednání má možnost ovlivnit.

Porušení autorského práva se nejčastěji dopouští provozovatel vyhledávače, jenž se specializuje na vyhledávání webových stránek, které svým obsahem porušují autorské právo. Těmito vyhledávači jsou zejména vyhledávače peer-to-peer nabízející sdílení hudby a filmů, ale mohou jimi být také specializované vyhledávače elektronických knížek (např. ebook-engine.com) či malířských děl (např. artcyclopedia.com).

Peer-to-peer se nazývá síť, jíž se propojují uživatelé internetu, kteří si navzájem vyměňují data, jež mají uložená ve svých počítačích. Populárními daty jsou zvláště díla hudební a filmová. Ke sdílení dat používají uživatelé tzv. BitTorrent protokol. Uživatel, který soubor nabízí, se nazývá seed (semeno), uživatel, jenž soubor naopak stahuje, leecher (přísavka). Síť nabízejících a stahujících uživatelů se jmenuje swarm (hejno). Přes

BitTorrent nemohou uživatelé sdílet jakékoliv soubory, nýbrž pouze soubory označené jako .torrent.⁵

Pirate Bay⁶

Jeden z nejznámějších soudních procesů s internetovým vyhledávačem obviněným z porušování autorských práv, je případ švédského vyhledávače souborů BitTorrent Pirate Bay. Obvinění provozovatelé Pirate Bay byli ve spojeném civilním a trestním řízení shledáni vinnými z porušování autorských práv a odsouzeni k trestu odnětí svobody ve výši jednoho roku spolu s náhradou škody majitelům autorských práv.

Všichni obvinění si byli podle soudu vědomi, že se velký počet uživatelů podílí na nelegálním sdílení materiálu chráněného autorským právem. Provozováním stránek, které umožňují jednoduchým způsobem stahovat soubory a zároveň propojují jednotlivce, jenž tyto soubory sdílejí, toto protiprávní jednání obvinění usnadňovali a podněcovali.

Přestože obvinění o protiprávním chování uživatelů věděli, nepodnikli žádné kroky k tomu, aby tomuto porušování autorských práv zabránili. Pirate Bay naopak podle soudu napomáhaly a podněcovaly jednotlivé uživatele, aby autorská práva porušovali.

4.2 Odpovědnost za porušení práva k ochranné známce

Zákon č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách vymezuje ochrannou známkou za jako jakékoliv označení schopné grafického znázornění, zejména slova, včetně osobních jmen, barvy, kresby, písmena, číslice, tvar výrobku nebo jeho obal, pokud je toto označení způsobile odlišit výrobky nebo služby jedné osoby od výrobků nebo služeb jiné osoby (§ 1).

Podle § 8 odst. 2 nesmí být bez souhlasu vlastníka ochranné známky v obchodním styku užíváno označení shodné s ochrannou známkou pro výrobky nebo služby, které jsou shodné s těmi, pro které je ochranná známka zapsána. Stejný zákaz platí pro označení, u něhož z důvodu jeho shodnosti nebo podobnosti s ochrannou známkou a shodnosti nebo podobnosti výrobků nebo služeb označených ochrannou známkou a označením existuje pravděpodobnost záměny na straně veřejnosti, včetně

⁵ Czerniawski, M.: Responsibility of BitTorrent Search Engines for Copyright Infringement, 2009, dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1540913>, s. 3.

⁶ Rozsudek obvodního soudu ve Stockholmu ze dne 17 dubna 2009, B 13301-06.

pravděpodobnosti asociace mezi označením a ochrannou známkou. Užíváním v obchodním styku se považuje i užívání v reklamě (§ 8 odst. 3).

Ochrannou známkou bývá graficky znázorněné jméno obvykle spolu s dalšími grafickými prvky zobrazenými v určité barvě. Internetové vyhledávače nejsou v současnosti na takové technické úrovni, která by jim umožňovala vyhledávat a indexovat podle grafického znázornění.

Vyhledávač nerozlišuje obecné slovo od ochranné známky (např. škoda) či jednu ochrannou známku od druhé mající stejné jméno, ale jiné grafické znázornění (např. nova). Obecné slovo je navíc vnímané jako ochranná známka pouze v určitém kontextu trhu.⁷

Zda se v konkrétním případě jedná o obecné slovo či o ochrannou známku, resp. o jakou o ochrannou známku se jedná, je patrné až z kontextu vyhledávání či z webové stránky, jež se zobrazí po rozkliknutí odkazu.

Otázky spojené s ochrannou známkou se ve spojení s vyhledáváním objevují převážně v souvislosti s reklamou. Velká většina vyhledávačů umožňuje přiřadit k výsledkům vyhledávání reklamu. Tato reklama rovněž funguje na principu klíčových slov. Zadavatelé reklamy přiřadí ke svému reklamnímu sdělení klíčová slova, po jejichž zadání se jejich reklama zobrazí vedle výsledků vyhledávání. Typickým příkladem takovéto reklamy je AdWords společnosti Google.

Google AdWords se zobrazují v levém sloupci tzv. sponzorovaných odkazů po zadání klíčového slova. Totéž klíčové slovo může zvolit několik inzerentů. Pořadí zobrazení reklamních sdělení je určeno zejména v závislosti na maximální ceně za proklik a počtu dřívějších prokliků na uvedené odkazy.⁸ To vše se děje prostřednictvím automatizovaného systému bez zásahu lidského faktoru.

Vuitton v. Google France⁹

V roce 2003 se ve sponzorovaných odkazech AdWords na Google France objevili reklamy na internetové stránky obchodů nabízejících napodobeniny výrobků společností Louis Vuitton Malletier, Viaticum SA, Luteciel SARL a několika dalších společností. Společnost Louis Vuitton Malletier

⁷ Lastowka, L.: Google's Law, Duke Science, Technology & Innovation Paper No. 26., dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1017536>, s. 31.

⁸ How are ads ranked?, dostupné z: <http://adwords.google.com/support/aw/bin/answer.py?hl=en&answer=6111>.

⁹ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 23. března, C-236/08.

vyrábějící luxusní kabelky žalovala Google za to, že mezi klíčová slova, která si inzerenti zvolili, byla nejen slova odpovídajících ochranné známce společnost, ale také tato klíčová slova ve spojení s výrazy jako „imitace“ a „napodobenina“.

Důvodem žalob, jež proti Googlu podaly ostatní společnosti, byla skutečnost, že se po zadání klíčových slov odpovídající jejich ochranným známkám objevily ve sponzorovaných odkazech v levém sloupci reklamy konkurentů.

Vuitton, Luteciel a další společnosti se v žalobě domáhali, aby bylo určeno, že společnost Google neoprávněně používala registrované ochranné známky a aby se tohoto jednání nadále zdržela.

Evropský soud odpovídal na předběžnou otázku kasačního soudu v Paříži. Podle soudu je vyhledávač nabízející reklamu založenou na klíčových slovech poskytovatelem služby informační společnosti. Na odpovědnost poskytovatele, jak již bylo uvedeno výše, se vztahuje směrnice č. 2000/31/ES o elektronickém obchodu. Článek 14 této směrnice musí být podle soudu vykládán v tom smyslu, že se pravidlo v něm uvedené použije na poskytovatele optimalizace pro vyhledávání na internetu, jestliže tento poskytovatel nehrál aktivní roli takové povahy, že by bylo možné konstatovat, že uložená data zná nebo kontroluje. Jestliže takovou roli nehrál, nemůže být odpovědný za data, která uložil na žádost inzerenta, s výjimkou případu, kdy poté, co se dozvěděl o protiprávním charakteru těchto dat nebo činnosti inzerenta, uvedená data neprodleně neodstranil, nebo k nim neznemožnil přístup.

4.3 Odpovědnost za porušení práva k databázi

Databází je soubor nezávislých děl, údajů nebo jiných prvků, systematicky nebo metodicky uspořádaných a individuálně přístupných elektronickými nebo jinými prostředky, bez ohledu na formu jejich vyjádření (§ 88 autorského zákona).

Právo pořizovatele databáze k databázi je majetkové právo na vytěžování a právo na užítkování obsahu databáze (§ 90 AZ). Vytěžováním se podle autorského zákona rozumí přepis části databáze nebo databáze jako celku na jiný podklad, zatímco užítkování znamená zveřejnění části nebo celé databáze veřejnosti, ať už rozšiřováním rozmnoženin, pronájmem, spojením on-line nebo jinými způsoby přenosu.

Neoprávněné nemusí být pouze převzetí celé databáze nebo její podstatné části. Neoprávněné je také opakované a systematické vytěžování nebo užítkování nepodstatných částí obsahu databáze a jiné jednání, které není

běžné, přiměřené a je na újmu oprávněným zájmům pořizovatele databáze (§ 90 odst. 5 AZ).

Provozovatel internetového vyhledávače porušuje právo pořizovatele databáze tehdy, pokud bez jeho souhlasu vytěžuje nebo zužitkovává, tzn. převezme nebo zveřejnění databázi či její podstatnou část, nebo systematicky a opakovaně vytěžuje nebo zužitkovává její nepodstatné části. Převzetí a zveřejnění databáze vyhledávačem může mít za následek, že původní databáze již nebude užívána.¹⁰

„Právo kontroly nad vytěžováním a zužitkováním se vztahuje k databázi, resp. k její kvalitativně či kvantitativně podstatné části, nikoli k jednotlivým jejím prvkům, které buď představují předmět samostatné ochrany, typicky autorského díla, nebo jsou naopak pouhými fakty, která nemohou být samostatně chráněna.“¹¹

NVM v. Telegraaf¹²

Společnost Telegraaf, která vydává nejčtenější bulvární deník v Nizozemí, provozuje mimo jiné metavyhledávač El Cheapo. Poté, co uživatel v rubrice „bydlení“ zadal kritéria pro vyhledávání realit, prohledal El Cheapo na základě zadaných kritérií databázi Sdružení makléřů (NVM), jež byla dostupná na internetu. Nalezené údaje odpovídající kritériím uživatele zkopíroval vyhledávač na svůj server, kde jejich seznam zveřejnil uživateli i s informací, z jaké databáze byly údaje převzaty. NVM žalovalo Telegraaf za vytěžování a zužitkovávání své databáze realit. Ve zkráceném řízení se domáhalo, aby se Telegraaf zdržel výše popsaného jednání. Soud první instance NVM vyhověl, nicméně odvolací soud rozsudek zrušil a rozhodl ve prospěch společnosti Telegraafu. NVM podalo kasační stížnost. Nejvyšší soud rozsudek odvolacího soudu zrušil. Podle názoru Nejvyššího soudu mohou být samostatně chráněny i součásti databáze, které do databáze jako takové nepatří, ale které jsou nezbytné pro její fungování, jako jsou tezaury a soubory indexů. Nejvyšší soud dále odmítl argumentaci spin-off teorií,¹³ jíž svůj rozsudek zdůvodnil odvolací soud. Podle Nejvyššího soudu skutečnost, že údaje v databázi slouží k plnění hlavní činnosti pořizovatele databáze, neznamena, že tato databáze nemůže být chráněna na základě práva k databázi.

¹⁰ Thijm, C.A.: *Nieuwe informatierecht*, Haag: Sdu, 2006, s 189.

¹¹ Leščinský, J.: *Právní ochrana databází*, Praha: C.H. Beck, 2003, s. 35.

¹² Rozsudek Nejvyššího soudu (Hoge Raad) ze dne 22. března 2002, LJN: AD9138.

¹³ Podle teorie spin off by neměly být chráněny databáze, jež vznikly jako vedlejší produkt jiné, hlavní aktivity.

5. Závěr

Vyhledávače otevírají uživatelům bránu k obsahu internetu. Tento obsah může mít podobu díla či označení chráněného právem k duševnímu vlastnictví jiné osoby. Provozovatel vyhledávače pracujícího automaticky pomocí vyhledávacího robota není za nelegální obsah nalezených webových stránek odpovědný, neboť nemůže tento obsah ovlivnit. Odpovědnost vyhledávačů nastupuje ve dvou případech:

1. Provozovatel vyhledávače poskytuje rovněž služby informační společnosti. V takovém případě je provozovatel za poskytování služby právně odpovědný podle právní úpravy odpovědnosti ISP.
2. Vyhledávač se specializuje na vyhledávání webových stránek, které svým obsahem porušují práva k duševnímu vlastnictví (např. soubory .torrent).

Právní odpovědnost vyhledávačů jak v evropském, tak v českém právu chybí. Provozovatelé tak nemají právní jistotu, v jakém případě mohou být za své jednání odpovědní, a kdy se mnohou naopak odpovědnosti zprostit. Kromě zachování současného stavu se nabízí dvě možnosti. Za první, rozšířit právní úpravu odpovědnosti ISP i na poskytovatele služeb hypertextových odkazů a za druhé, zavést zvláštní právní úpravu odpovědnosti internetových vyhledávačů. Jako nejlepší se jeví první ze dvou variant. Zvláštní právní úprava by kromě nežádoucí fragmentace předpisů vedla ke sporům, zda v konkrétním případě provozovatel vyhledávače jedná jako poskytovatel hypertextových odkazů, či jako poskytovatel služby informační společnosti.

Literature:

- Czerniavski, M.: Responsibility of BitTorrent Search Engines for Copyright Infringements, Working Paper, 2009, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1540913
- Duke Science, Technology & Innovation Paper No. 26., available at: <http://ssrn.com/abstract=1017536>
- Lastowka, G.: Search Engine Under Siege: Do Paid Placement Listings Infringe Trademarks?, Intellectual Property and Technology Law Journal

6, 2002, available at:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=913978

- Leščinský, J.: Právní ochrana databází, Praha: C.H. Beck, 2003, p. 173, ISBN 80-7179-833-9

- Pasquale, Frank A., Copyright in an Era of Information Overload: Toward the Privileging of Categorizers. Vanderbilt Law Review, 2007; Seton Hall Public Law Research Paper No. 888410, available at:
<http://ssrn.com/abstract=888410>

- Thijm C. A.: Het nieuwe informatierecht, Haag: Sdu, 2006, p. 218, ISBN 9789039522493

Contact – email

evafialova@muni.cz

LEGAL ASPECTS OF IPV4 DEPLETION

GEORGI GRUEW

Faculty of History, Faculty of Law and Administration, Adam Mickiewicz
University in Poznań, Poland

Abstract in original language

Depletion of non-allocated IPv4 addresses in the pools of regional Internet registries, which occurred in the first half of 2011, was solved by American and European RIRs by the creation of new method of allocation by agreements between two local Internet registries like service providers. The numerical label assigned to each device in computer network became thereby transferable on the controlled 'secondary market'. This paper covers legal aspects of transfers in this post-exhaustion phase.

Key words in original language

Internet, IP address, IANA, ARIN, RIPE NCC

On 31st January of 2011 an event occurred that can be surely compared to the Y2K problem at the end of 1999. At that day high officials of International Assigned Numbers Authority (IANA) announced the exhaustion of the central IANA pool of IPv4 addresses, when this body delegated two of the last seven unused blocks of those number resources. The blocks were allocated to the organization managing resources for the Asian and Pacific countries named APNIC (Asia Pacific Network Information Centre), which assigned all of them to 15th of April¹. According to the rules of IANA remaining five blocks were assigned on 3rd of February to each of five regional address organizations. After that day the major authority responsible for the global coordination of the IP addressing has been fully deprived of any power enabling to control the way to whom those addresses are being assigned. Total allocation of the pools in disposal of an international organization created a new market phenomenon, which has never happened before and may cause vital legal problems. Therefore the existence of the secondary market of IPv4 addresses and the legal objections to character those numerical labels owned by Internet providers or IT companies before their assignation to the specific devices as a 'property' or a 'matter of legal relation' become the main issues in the post-exhaustion phase.

IP address is one of the most important objects of the economy based on knowledge and technology. This number fulfills the need to identify every device, which is used to connect to the Internet, as computer, mobile phone

¹ <http://www.tgdaily.com/networking-brief/55404-dont-have-any-ipv4-address> [visited on 21st of April 2011]

or even gadgets in cars and household. However an assignation of Internet Protocol addresses is strictly regulated by international, fully independent organizations, which were created to ensure political neutrality of Internet². The most important of them (IANA) managed until the beginning of 2011 the IP address allocation in the whole world and was able to allocate unused blocks, when demand was increased. The free block was transferred to the regional Internet registries (RIR), which had strict policy of processing the claims from service providers. Each of the latter was able to file a motion to the RIR containing a number of IP addresses requested and was obliged to justify why acquisition of this pool is necessary and reasonable³. At its discretion regional registry could change the number assigning more or few IP addresses, nevertheless the policy became increasingly rigorous as the global pool of them became depreciating⁴.

An architecture of IP addresses is nowadays based on the fourth, 32-bit version of this number, which is known in short as IPv4⁵. However in 90s and at the beginning of this millennium IP addresses were extremely ineffectively allocated, which caused e.g. creation the numbers that could be used only in the local area networks (LAN). To bypass existing restrictions, in 1995 Internet Engineering Task Force (IETF) developed a new form of addressing, using not 32-bit, but 128-bit code, which theoretically enlarges the pool from 4 billion of devices to 2 raised to the exponent of 128 (3,4 undecillion)⁶. This enormous pool will probably fulfill human demand for the next century, nevertheless the adjustment of devices is much more complicated. These two systems of addressing are interoperative, which forced IT developers and technicians to create transition mechanisms to enable co-operations of IPv6 hosts with IPv4 services and to allow IPv4 infrastructure (in recent studies this infrastructure still constitute 97-98 percent of devices reaching the Internet services) to reach IPv6 networks. The most common form of transition used today is dual IP stack

² Mueller M.L., *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*, Cambridge: MIT Press 2010, p. 210, ISBN 9780262014595.

³ Edelman B., *Running Out of Numbers: Scarcity of IP Addresses and What to Do about It*, in: Das S., Ostrovsky M., Pennock D., Szymanski B. (ed.), *Auctions, Market Mechanisms and Their Applications: First International ICST Conference, AMMA 2009, Boston, MA, USA, May 2009, Revised Selected Papers*, Berlin – Heidelberg: Springer-Verlag 2009, p. 96, ISSN 1867-8211, ISBN 9783642038204.

⁴ The estimation and assessment of optimal pool of addresses is clearly covered and explained in: Rooney T., *IP Address Management: Principles and Practice*, Hoboken: IEEE Press/Wiley 2011, pp. 38-44, ISBN 9780470585870.

⁵ Miller P.M., *TCP/IP – The Ultimate Protocol Guide: vol. 1 – Data Delivery and Routing*, Boca Raton: BrownWalker Press 2009, pp. 97-100, ISBN 9781599424910.

⁶ Airamo O., Virtanen T., *Enterprise IPv6 Firewalling*, in: Remenyi D. (ed.), *Proceedings of the 5th European Conference on Information Welfare and Security. National Defence College, Helsinki, Finland, 1-2 June 2006*, Reading: Academic Conferences Limited 2006, p. 1, ISBN 1905305206.

implementations, which permit the device to communicate with the Internet using both systems of addressing⁷. Other ideas as tunnelling (creation of isolated transport of packets within IPv4 infrastructure) or proxy translation nowadays are less popular, however this second option may be useful for crucial devices manufactured several years ago, which because of many reasons still have to be connected to the Internet and cannot be supersede. For those devices few Internet companies and many Internet providers are planning to create special website or domain, which will automatically translate all Internet communication, similarly as ‘anonymizers’ used to block trackers and browse the Internet without leaving privacy unprotected. Though problem with non-interoperative devices is marginal. Current expectations related to the ‘IPv6 day’ (which is scheduled for 8th June) suggests that only 0,05% of all devices connected to the Internet will not be able to use IPv6 services during this global test flight of new standard⁸.

Therefore the creation of secondary market of IP addresses became vital and it corresponds with numerous suggestions in the last few years⁹. However first estimations of depletion indicated this problem will occur approximately in year 2012¹⁰. Also costs of transitions had substantial influence to refrain many Internet providers (especially in the growing markets in Asia, Africa and South America) to modify their technological structure for the IPv6 addressing. Even some authors had implied that shortage of unused IP addresses may have similar economical effect as the gasoline deficiency in 1970s¹¹. The official reports regarding the last years of the past decade had unearthed the existence of such dangerous phenomenon, as the ‘black market’ of IPv4 addresses. Some IP owners even tried to put sell them on eBay (one of the auctions took place in June 2008), but the pool was quite small (user put on sale one block with 256 addresses). The opposing actions as ‘returning back’ unused addresses to RIRs is still rare and not very effective – 16,7 millions of IP addresses transferred to

⁷ Chowdhury D.D., *Unified IP Internetworking*, Berlin: Springer 2001, pp. 64-65, ISBN 9783540673705.

⁸ <http://warrendvdb.me/2011/03/world-ipv6-day-trial/> [visited on 13th of April 2011].

⁹ One of the most important event was the OECD Ministerial Meeting on the Future of the Internet Economy in Seoul (17-18th of June 2008). Text of the official report presented during the conference is available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/7/1/40605942.pdf> [visited on 13th of April 2011].

¹⁰ Grossetete P., Popoviciu C., Wettling F., *Global IPv6 strategies: from business analysis to operational planning*, Indianapolis: Cisco Press 2008, p. 37, ISBN 9781587057823; Rooney, T., op. cit., p. 348.

¹¹ Hofmann J., *Before the sky falls down: a ‘constitutional dialogue’ over the depletion of internet addresses*, in: Hutter B.M., *Anticipating Risks and Organising Risk Regularion*, Cambridge – New York: Cambridge University Press 2010, p. 46, ISBN 9780521193092.

ARIN by Interop in 20th October 2010 only postponed depletion of unused pools by one month¹².

All the aforementioned events allow to draw a conclusion that change of allocation policy of address blocks will become a major problem for all RIRs and IANA. This problem has stirred out at the end of March, when Microsoft bought 666.642 addresses for 7,5 million USD from the insolvent Canadian telecommunication company – Nortel¹³. In agreement both corporations accepted to transfer 470 thousand of IP addresses immediately and the rest after the end of bankruptcy proceedings. Till this time ARIN and other RIRs explicitly stood on the position that IP addresses cannot be the matter of ‘ownership’ as they are granted only for the use to the companies and ‘return back’ if redundant¹⁴. Furthermore, any other entities were not able to dispose those specific numbers, as they lack the legal base and authority to administer IPv4 addresses without the knowledge and consent of regional registries. Thus from the point of view of RIRs, such a transfer would thereby be illegal and the emptor or acquirer could have right to use those addresses¹⁵.

However as IANA disposed all of its IP pools, problem emerged in a much greater scale. The most important conclusion from the Microsoft – Nortel deal is that according to the ARIN policy the agreement between parties is not be the sole condition to transfer those addresses. In case of the bankruptcy or insolvency of the IP addresses owner, this entity is obliged to transfer the addresses back to the RIR, which has a sole authority to allocate them again to any LIR (Local Internet Registry) filing a reasonable and justified demand. Some commentators suggested that Microsoft will be forced to file similar motion to ARIN and justify its demands. Furthermore the application would be by no means binding, so American registry organization could stand against the transfer according to the agreement signed by those two companies. This procedure was stated in Section 8 of the Number Resource Policy Manual (NRPM), which manages the policy section of ARIN. According to this provision ‘number resources are nontransferable and are non assignable to any organization unless ARIN has expressly and in writing approved a request for transfer’¹⁶. Moreover, ARIN

¹² <https://www.arin.net/announcements/2010/20101020.html> [visited on 13th of April 2011].

¹³ <http://www.pcmag.com/article2/0,2817,2382616,00.asp> [visited on 13th of April 2011].

¹⁴ The specific form of ‘ownership’ or ‘first option’ was stipulated for the Defence Department of the United States of America. This provision covers: Muller M.L., *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, Cambridge: MIT Press 2002, p. 137, ISBN 9780262280303.

¹⁵ DeNardis L., *Protocol Politics: The Globalization of Internet Governance*, Cambridge: MIT Press 2009, pp. 181-182, ISBN 9780262042574.

¹⁶ <https://www.arin.net/resources/transfers/index.html> and <https://www.arin.net/policy/nrpm.html> [visited on 2nd of April 2011].

officially claimed that allocation of IP addresses is not a sale, but other kind of assignation¹⁷.

Nevertheless further provision of this Section allow to make some agreements between companies to transfer IP addresses between them, but the emptor cannot acquire an assurance to become the sole owner of the IP address. In Section 8.2 of the manual ARIN has been gained force to affirm all proprietary transformations as mergers, acquisitions and reorganizations. Also Section 8.3 allows each entity to transfer the number to the specified recipient, that is obliged to justify the need as well. Similar policies were adopted by other RIRs, in particular in 2008 by RIPE NCC (RIPE Network Coordination Centre), which service region consists of Europe, the Middle East and Central Asia¹⁸. However the modification of a market transfer policy adopted at the beginning of the last year allows to change allocation of IP addresses for limited demands. According to the policy of RIPE, each entity called LIR (local Internet registry as service providers, enterprises or academic institutions) is obliged to file a motion to acquire new IP addresses. However, each motion allows only request for a transfer the pool of specified demand limited by a period of up to nine months¹⁹. This policy changed with the 1st of January 2011 as demands where restricted to the six months period and the next modification will come into force as of 1st of July, when entities will be able only to achieve blocks of IP addresses for the three months demand.

The interpretation of Section 5.5 of the aforementioned act clarifies that the rules of allocation are more flexible than transfer according to the policy of the American organization²⁰. Similarities between policies occur in the process of notification to the RIR concerning the change of the entity using IP addresses. In North America at this stage an explicit approval of ARIN is necessary, likewise in Europe where an acceptance of RIPE is required to reflect the re-allocation the database of pools. The problem of transfer of

¹⁷ As stated in Section 8.1: 'It should be understood that number resources are not 'sold' under ARIN administration. Rather, number resources are assigned to an organization for its exclusive use for the purpose stated in the request'. Technical analysis of allocation by ARIN according to this section was conduct by: Karpilovsky, E., Gerber, A., Pei, D., Rexford, J., Shaikh, A., *Quantifying the Extent of IPv6 Deployment*, in: Moon, S.B., Teixeira R., Uhlig S., *Passive and Active Network Measurement: 10th International Conference, Pam 2009, Seoul, Korea, April 1-3, 2009: Proceedings*, Berlin: Springer 2009, pp. 15-18, ISSN 0302-9743, ISBN 0783642009747.

¹⁸ RIPE NCC became the first regional Internet registry to adopt such policy late in 2008. ARIN followed this idea in early 2009. Following: Mueller M.L., *Networks...*, p. 223.

¹⁹ Section 5.0 of IPv4 Address Allocation and Assignment Policies for the RIPE NCC Service Region available at <http://www.ripe.net/ripe/docs/ripe-509> [visited on 2nd of April 2011].

²⁰ Comparison of technical aspects of RIR allocation policy summary was published in: Rooney, T., op. cit., p. 60.

allocations appears also in responsibility of LIRs during the transition process. The previous holder of the IP blocks is fully responsible for the use of its addresses until transfer is completed, similarly to the whole process of re-allocation, which must be performed in accordance with the agreement prior signed by LIR and RIPE. When the migration is finished, new holder is obliged to apply the same rules and provisions as the first legal entity.

During the last years the legal situation of LIRs was labeled by the authors as similar to a loaner as other holders of IP addresses were called 'custodians'²¹. The proposals of relaxing the rules and policies of IP distribution between LIRs were stated in 2007 and 2008, when it still expected that introduction of IPv6 will be performed smoothly and will solve the problem. Though lack of technological customization by service providers has uncovered that many organizations may consider appropriation of IP addresses not directly from the RIRs, but from 'black market'²². Allocations which were not reflected in bases of regional or global Internet registries, seems insecure as each IP address may be 'sold' more than once, what could cause at least disability of one device to connect to the Internet. That situation is impossible, when one independent organization has the authority to allocate IP addresses, but is high probable when the administration of IP addresses will fall outside the authority of regional address registries. To prevent this, RIRs had to adopt new policy of management of IPv4 addresses, which will surely cover IPv6. The introduction of changed rules of allocation and creation of the controlled secondary market can in my opinion be clearly explained by the method how works Specified Transfer Listing Service (STLS), published by ARIN to maintain control between entities interested in allocation of IP addresses.

The agreement between Microsoft and Nortel unearthed that during the last year Canadian company has found approximately 80 companies interested in 'purchase' of IP addresses and probably Microsoft was one of the greatest and most known. Several of those entities had already signed preliminary agreements or contracts relating to offers, what was positively acknowledged by the creditors of Nortel. To prevent an emergence of signing of similar contracts, ARIN generated mentioned above listing service, stated as a 'back-up' for companies, fully independent from the acquiring IP addresses by the allocation process. As American registry

²¹ Hofmann J., op. cit., p. 52; DeNardis, L., op. cit., p. 156; Edelman, B., op. cit., p. 97. One of the first authors pointing the correspondence between managers of number resources and custodians were: Rekhter Y., Li T., *An Architecture for IP Address Allocation with CIDR*, RFC 1518, September 1993 (available online at: <http://www.faqs.org/rfcs/rfc1518.html> [visited on 13th of April 2011]).

²² Hofmann J., op. cit., p. 54; Edelman B., op. cit., p. 100;

archive.apnic.net/meetings/26/program/policy/huston-ipv4-transfer.ppt [access via Internet at 13th of April 2011].

organization clarified ‘the Specified Transfer Listing Service provides information which may assist organizations in planning for the period when ARIN will not be able to routinely satisfy IPv4 number resource requests’²³. Thereby it seems that relaxing of policy may become a crucial issue to preserve control over transactions between companies. Usage of STLS is still bound with some restrains as registration, which is voluntary but necessary, if company desire to use transfer service to fulfill its needs for IP addresses. Participants of STLS are divided into groups, from which the one consists of entities having available IPv4 addresses and the second comprises of the organizations demonstrating need for the number resources. Data of organizations is shown to the participants from the other group to facilitate possible transactions and allows mutual communication²⁴.

So even the name of this listing service shows many differences between those two methods of acquiring the IP address. In the main procedure of allocation the pool of numbers is administered by the ARIN, but the demand stated in the motion is limited only to specific period. In the second, by using STLS participants need only acceptance from ARIN to the demand stated by the entity, which is not limited by the period, but still needs to be justified and reasonable. In transactions based on the listing service ARIN has no force in matching entities making agreements and appear only as a regulator analyzing, if the agreement can be legally recognized. STLS is also characterized by ARIN as a mean to monetize non-allocated space, but in my opinion the process seems not to be fully reconsidered. For example, in the current post-IANA depletion period, the entity can still be granted to use free IP addresses from the RIR and then ‘sell’ them using STLS to another company or organization. Thus the main problem of existence of two concurrent methods created to acquire of IPv4 addresses lay in the process of analyzing whether the demand is justified.

Another difference between those means is connected with the object of transactions. By the first method ARIN makes a decision concerning allocation of IPv4 and IPv6 addresses. In the STLS LIRs can only transfer IPv4 addresses, because the depletion of IPv6 addresses still does not exist. Apart from being granted an authority to supervise possible transactions and manage pools of unused addresses, the American organization has also the right to check methods of estimation of the number of unused pool by the entities having resources available, called ‘Listers’. The Listers are one of three groups of LIRs that could be placed in the STLS. To acquire this status, the entity is obliged to register and inform about the amount of unused IP addresses in disposal using special form on the official ARIN website. After this process the regional Internet registry starts procedure of

²³ <https://www.arin.net/resources/request/stls.html> [visited on 2nd of April 2011].

²⁴ ARIN published terms of service for STLS at:

https://www.arin.net/resources/transfer_listing/tos.pdf [visited on 13th of April 2011].

validation if data submitted by the potential Lister is credible. The officials of ARIN contact the potential Lister and then confirm address space available, it is a mandatory activity to publicize specific entry in the Specified Transfer Listing Service.

In case of two other groups of entities placed in STLS this procedure does not apply. 'Needers', which are organizations seeking IPv4 number resources, are obliged only to inform and justify their needs, which can be compared to the allocated space for these entities and to the method how efficient usage of IP addresses is executed. The latter group of entities allowed to be registered to STLS are 'Facilitators', which can exist as intermediary between Listers and Needers. Those companies or organizations may not be LIRs (or 'stakeholders in the resources', as officially are called participants in transfer service), but their role in the process of transaction is to assist in negotiations between both parties.

The allowance of such entity as 'Facilitator' in the transfer policy clearly demonstrates how relaxed is ARIN policy nowadays. By this regulation, the organization created the process of transferring IP addresses closer to dealing of stocks or shares. However still the status of IP address is not explicitly described and probably far from the financial instruments available at the securities markets. Nevertheless, there are clear similarities between the IP addresses and stocks, that can be summarized as adoption of the idea that they may represent financial value and can be transferred after the agreement of registry organization. The creation of open market was suggested in 2007 as Nigel Titley and Remco van Mook proposed to modify the RIPP NCC Policy in a way mentioned before²⁵. Those two officials called as moderately 'liberal' to the conception of marketing IP addresses were in 2010 elected to the executive board of the European region registry organization. Besides the primary focus of that modification was laid on more efficient utilization of the number space, it also allowed to create similar mechanisms as fully implemented in North America few months ago. As it was noticed, the American and European organizations are not mostly concerned to deal in the nearest future with the problem of depletion of IPv4 addresses. The possible crisis may affect especially Asia, where the growth of usage of the devices adapted to Internet is one of the highest²⁶. Moreover, on this continent are located many of the world's computer equipment manufacturers. Finally the less-developed infrastructure in some regions of Asia, may become the reason of severe difficulties in access to

²⁵ http://meetings.ripe.net/ripe-55/presentations/van-mook-2007-08_reallocation_of_v4_resources.pdf [visited on 2nd of April 2011]; www.itu.int/dms_pub/itu-t/oth/06/15/T061500000B0031PDFE.pdf [visited on 13th of April 2011].

²⁶ Grossetete P., Popoviciu C., Wettling F., op. cit., p. 99; Rooney T., *Introduction to IP Addresses Management*, Piscataway – Hoboken: John Wiley & Sons Inc. 2010, p. 156, ISBN 9780470585887.

the Internet if the growing demand for net-based devices will not accompanied with the implementation of more efficient allocation and modernization of telecommunication networks²⁷.

The Asia Pacific region became the first to deal with the problem of inability to fulfill demand for the non-allocated IPv4 addresses. When high officials of APNIC stated, that the organization reached final block of addresses in its disposal, they also claimed that only one block of 16 million addresses will be distributed by a special procedure containing limit of 1024 numbers for each interested entity. However, by imposing such restriction, Internet providers were forced to accelerate an adaptation of IPv6 technology, as only those companies who effectively support transition to the new standard are able to obtain number resources from the last block of addresses. As stated Paul Wilson, director general of Asian Pacific organization, 'from this day onwards, IPv6 is mandatory for building new Internet networks and services'²⁸. To accomplish the plan, APNIC has created few ways to help the providers with transition, especially in less developed countries or remote territories. For example, special assistance was granted to the countries and regions located on Pacific Islands. During the special summit in Noumea on 10th of April 2011 the agreement was signed to endorse introduced changes and modifications by local Internet providers. The main idea of the agreement is to double effort by a method of 'leapfrog jumps' (idea having some historical background in the Pacific), which allow to skip some stages of technological improvements and focus on the newest technology available²⁹.

Probably the next organization, which will have to deal with similar problem, will be RIPE NCC, as in April 2011 this RIR had only 65 million addresses non-allocated. The number of addresses is close to the amount distributed to the entities in the last year, so it is anticipated pool of IPv4 numbers will be exhausted by the end of the year³⁰. The remaining organizations assign less IPv4 addresses per annum, so the threat of forthcoming depletion seems to be less important. Latin America and the Caribbean and African RIRs (called LACNIC and AfriNIC) may most likely deal with their pools of addresses about few years. Nevertheless local Internet registries operating in the member states of those organizations are

²⁷ Suggestion to adopt special treatment of less-developed countries in the phase of transition was stated e.g. in: Weber R.H., Grosz M., Weber R., *Shaping Internet Governance: Regulatory Challenges*, Berlin - Heidelberg: Springer-Verlag 2010, p. 193, ISBN 9783642046209.

²⁸ <http://news.idg.no/cw/art.cfm?id=2F928B65-1A64-67EA-E4BC6825429F4FE2> [visited on 21st of April 2011].

²⁹ <http://solomontimes.com/news.aspx?nwID=6069> [visited on 21st of April 2011].

³⁰ <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2011/04/no-more-addresses-asia-pacific-region-ipv4-well-runs-dry.ars> [visited on 21st of April 2011].

being encouraged to adapt the new form of addressing. Surprisingly, the problem affects at least North American entities as ARIN still administers 61 million regular addresses and 75 million assigned to this organization before creation of other RIRs. On the other hand, it is worth mentioning that body offered the widest range of transfer possibilities for its LIRs.

One of the trade forms especially created for relocating of IPv4 addresses is based on the commercial Internet service established on 15th of April 2011, said to be the first independent of regional authorities, which will possibly in the future allow to transfer addresses even between entities of different RIRs³¹. Emergence of such a company in my opinion seems to be a form of 'grey market', which was also foreseen by many experts before the post-exhaustion phase. The website owner declares itself to be a kind of 'facilitator' in the meaning of that definition used in STLS, but the transfer of IP addresses is only temporal. This form of leasing is authorised by almost every RIR without special provisions. The only organization that has not already accepted that form of trade is AfriNIC, but under the draft modification of policy number resources (called in this policy as 'legacy addresses') even this organization will permit transfers without additional restrictions, but only between members of this organization. However, none of this policy is in force nowadays, giving the holder right to transfer the IP addresses to the entity of located in the different RIR area. The reason of this situation is partially understood as the object of possible trade is defined differently in the acts of each regional registry. The usage of aforementioned Internet service to lease IP addresses between local registries is claimed to be a process not fully covered by the binding rules of different RIRs. In the FAQ stated on the site the entity is warned that 'such a deal may be in a gray zone', which may have an influence on potential responsibility of this company. Thus in my opinion provisions of the obliging policies gains no opportunity for the LIR to legally lease IP addresses to the entity registered in the other Internet region. To enable such transactions, the policies must be substantially changed to clearly express those forms of agreements, which will surely not happen in the forthcoming months. Also, having in mind rapid development of growing markets and economies of countries in Latin America and Africa, that amendments may have a negative impact of transition to IPv6 technology if the costs of lease will be comparable to the costs of expected network modifications.

The other form of transactions was developed according to the final decision in the Microsoft – Nortel case. At the first stage after signing of the agreement between companies ARIN stated that the transfer of rights will only occur next to acceptance of the RSA agreement by Microsoft. This contract allows the RIR to maintain full control of the way of use and future

³¹www.computerworld.com.au/article/383883/black_markets_sprout_ip_address_shortage/ [visited on 21st of April 2011]; <http://tradeipv4.com/faq/> [visited on 21st of April 2011]

disposal of IP addresses. However due the prolonged negotiations, one of the greatest world IT companies signed LRSA (Legacy RSA), which reduces most of circumstances whilst ARIN is able to withdraw right to use allocated IP addresses from the holder³². As North American organization has stated on its website, the main aim of signing the LRSA is the limitation of uses concerning IP addresses by the other party and lower costs of fees charged by the RIR. On the other hand, it is quite obvious that inability of ARIN to force Microsoft to sign the RSA Agreement or block the transaction between the Canadian provider and American company shows weakened position of that authority in the post-exhaustion period. The last modifications of policy used by ARIN seems to give the Seller more rights than it was stated before as to improve utilization of IP number resources. To the existing rights of the holder, f.e. right to be exclusive registrant, right to transfer addresses to another party and to update registration information, ARIN has added right to manage provisions of almost entire transaction by the acceptance of the deal, which was naturally not performed by the prior needs assessment procedure. This situation is evidently in opposition to the aforementioned rules of the North American organization and caused some negative comments directed to the board of ARIN, that the body treats LIRs unequally. Some form of response was the statement published on 20th of April 2011 on the organization website, that the authority finally permitted entities to make transactions concerning rights to IP addresses without the process of needs verification. Ipso facto the lack of constant stance has again weakened role of the body, as it approved the third form of acquiring number resources almost entirely out of scopes of this organization³³. In my opinion it seems the announcement that 'transfer requests may take longer than expected and/or not be completed at all' if entities used the latter method without signing Legacy RSA or RSA, is only a mere endeavour to influence LIRs and suggest using other means, giving more power of control to ARIN.

To sum up, changes in policy of administering the number resources introduced by ARIN may become a temporary solution to the problem of free IPv4 depletion. However, the adaptation to the IPv6 system of addressing is inevitable. The question, which probably many Internet users may ask themselves, is who will finally be paying costs of secondary market of IPv4 addresses and accommodation of networks to the more efficient method used in IPv6 addressing. The legal problem is also extremely important as nowadays we have a possibility to witness new form of 'product', which is an intangible asset, but can be 'sold' from one entity to another with the acceptance of regional regulator. The approved conception of control the transfer may become crucial for reduction of the 'black

³² <http://blog.internetgovernance.org/blog/archives/2011/4/15/4796200.html> [visited on 21st of April 2011]; <https://www.arin.net/resources/legacy/> [visited on 21st of April 2011]

³³ <https://www.arin.net/announcements/2011/20110420.html> [visited on 21st of April 2011]

market' and appearance of easy to find offers in Internet, in which many entities claim interest in buying or selling the IP addresses. The existence of market non-controlled by RIRs may be also hazardous as this situation lacks many regulations concerning privacy of end users like consumers. It may also cause obstructions in identifying the Internet crimes as financial frauds, media piracy and sources of spam or viruses. So despite all legal doubts connected with the character of IP address, modifications in policies of the regional Internet registries shall be deemed as a step in the right direction to not only bypass depletion of number resources, but also to preserve rights of Internet users. As the European Parliament committees stated out in several papers and proposals, the IP number shall be the part of personal data. Similar judgments were also taken in the Member States, e.g. Poland³⁴. Having such rulings in mind, secure transfers of IP addresses shall be thereby concerned as an important factor of maintaining rights of the Internet users.

Literature:

- Airamo O., Virtanen T., Enterprise IPv6 Firewalling, in: Remenyi D. (ed.), Proceedings of the 5th European Conference on Information Welfare and Security. National Defence College, Helsinki, Finland, 1-2 June 2006, Reading: Academic Conferences Limited 2006, pp. 1-8, ISBN 1905305206
- archive.apnic.net/meetings/26/program/policy/huston-ipv4-transfer.ppt [visited on 13th of April 2011]
- Büllesbach A., Gijrath S., Pouillet Y., Prins C., Concise European IT Law, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006, ISBN 9789041123794
- Chowdhury, D.D., Unified IP Internetworking, Berlin: Springer 2001, ISBN 9783540673705

³⁴ Details of the persons using a particular IP address at a particular time are personal data according to the Article 2(a) of Directive 95/46. IP addresses are additionally 'traffic data' as defined in e-privacy Directive 58/2002. Similar opinion is shared by courts in Germany, Austria and Poland (vide: Provincial Administrative Court in Warsaw, ruling II SA/Wa 1589/09). However in 2010 Cour d'Appel de Paris stated out in the verdict, that sole IP address cannot identify an individual. Based on: Büllesbach A., Gijrath S., Pouillet Y., Prins C., *Concise European IT Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006, p. 34, ISBN 9789041123794; Smith G.J.H., *Internet Law and Regulation*, 4th edition, London, Sweet & Maxwell 2007, p. 696, ISBN 9780421909908; Stamatoudi I.A., *Copyright Enforcement and the Internet*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 202, ISBN 9789041133465.

- DeNardis L., Protocol Politics: The Globalization of Internet Governance, Cambridge: MIT Press 2009, ISBN 9780262042574
- Edelman, B., Running Out of Numbers: Scarcity of IP Addresses and What to Do about It, in: Das, S., Ostrovsky, M., Pennock, D., Szymanski, B. (ed.), Auctions, Market Mechanisms and Their Applications: First International ICST Conference, AMMA 2009, Boston, MA, USA, May 2009, Revised Selected Papers, Berlin – Heidelberg: Springer-Verlag 2009, pp. 95-106, ISSN 1867-8211, ISBN 9783642038204
- Grossetete P., Popoviciu C., Wettling F., Global IPv6 strategies: from business analysis to operational planning, Indianapolis: Cisco Press 2008, ISBN 9781587057823
- Hofmann, J., Before the sky falls down: a ‘constitutional dialogue’ over the depletion of internet addresses, w: Hutter, B.M., Anticipating Risks and Organising Risk Regularion, Cambridge – New York: Cambridge University Press 2010, ISBN 9780521193092
- <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2011/04/no-more-addresses-asia-pacific-region-ipv4-well-runs-dry.ars> [visited on 21st of April 2011].
- http://blog.internetgovernance.org/blog/_archives/2011/4/15/4796200.html [visited on 21st of April 2011]
- http://meetings.ripe.net/ripe-55/presentations/van-mook-2007-08_reallocation_of_v4_resources.pdf [visited on 2nd of April 2011]
- <http://news.idg.no/cw/art.cfm?id=2F928B65-1A64-67EA-E4BC6825429F4FE2> [visited on 21st of April 2011].
- <http://solomontimes.com/news.aspx?nwID=6069> [visited on 21st of April 2011]
- <http://tradeipv4.com/faq/> [visited on 21st of April 2011]
- <http://warrendvdb.me/2011/03/world-ipv6-day-trial/> [visited on 13th of April 2011]

- http://www.computerworld.com.au/article/383883/black_markets_sprout_ip_address_shortage/ [visited on 21st of April 2011]
- <http://www.oecd.org/dataoecd/7/1/40605942.pdf> [visited on 13th of April 2011]
- <http://www.pcmag.com/article2/0,2817,2382616,00.asp> [visited on 13th of April 2011]
- <http://www.ripe.net/ripe/docs/ripe-509> [visited on 2nd of April 2011]
- <http://www.tgdaily.com/networking-brief/55404-dont-have-any-ipv4-address> [visited on 21st of April 2011]
- <https://www.arin.net/announcements/2010/20101020.html> [visited on 13th of April 2011]
- <https://www.arin.net/announcements/2011/20110420.html> [visited on 21st of April 2011]
- <https://www.arin.net/policy/nrpm.html> [visited on 2nd of April 2011]
- <https://www.arin.net/resources/legacy/> [visited on 21st of April 2011]
- <https://www.arin.net/resources/request/stls.html> [visited on 2nd of April 2011]
- https://www.arin.net/resources/transfer_listing/tos.pdf [visited on 13th of April 2011]
- <https://www.arin.net/resources/transfers/index.html> [visited on 2nd of April 2011]
- Karpilovsky, E., Gerber, A., Pei, D., Rexford, J., Shaikh, A., Quantifying the Extent of IPv6 Deployment, in: Moon, S.B., Teixeira R., Uhlig S., Passive and Active Network Measurement: 10th International Conference, Pam 2009, Seoul, Korea, April 1-3, 2009: Proceedings, Berlin: Springer 2009, pp. 13-22, ISSN 0302-9743, ISBN 0783642009747

- Miller, P.M., TCP/IP – The Ultimate Protocol Guide: vol. 1 – Data Delivery and Routing, Boca Raton: BrownWalker Press 2009, ISBN 9781599424910
- Mueller, M.L., Networks and States: The Global Politics of Internet Governance, Cambridge: MIT Press 2010, ISBN 9780262014595
- Muller M.L., Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace, Cambridge: MIT Press 2002, ISBN 9780262280303
- Rekhter, Y., Li, T., An Architecture for IP Address Allocation with CIDR, RFC 1518, September 1993 (available online at: <http://www.faqs.org/rfcs/rfc1518.html> [visited on 13th of April 2011])
- Rooney, T., Introduction to IP Addresses Management, Piscataway – Hoboken: John Wiley & Sons Inc. 2010, ISBN 9780470585887
- Rooney, T., IP Address Management: Principles and Practice, Hoboken: IEEE Press/Wiley 2011, ISBN 9780470585870
- Smith, G..J.H., Internet Law and Regulation, 4th edition, London, Sweet & Maxwell 2007, ISBN 9780421909908
- Stamatoudi, I.A., Copyright Enforcement and the Internet, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, ISBN 9789041133465
- Weber R.H., Grosz M., Weber R., Shaping Internet Governance: Regulatory Challenges, Berlin - Heidelberg: Springer-Verlag 2010, ISBN 9783642046209
- www.itu.int/dms_pub/itu-t/oth/06/15/T061500000B0031PDFE.pdf [visited on 13th of April 2011]

Contact – email

georgi.gruew@gmail.com

VIRTUÁLNÍ VLASTNICTVÍ

JAKUB HARAŠTA

Faculty of Law, Masaryk university, Czech republic

Abstract in original language

Na internet se v současné době přesouvá stále větší část našich životů a právo za překotným technologickým vývojem pokulhává. Momentálně můžeme ve vztahu k virtuálnímu vlastnictví formulovat dvě základní otázky: Je možné založit vlastnická práva k virtuálním statkům? A měla by svědčit provozovatelům nebo uživatelům virtuálních světů? Práce předkládá tři možné filosoficko-právní přístupy a také nejdůležitější argumenty uživatelů i protiargumentaci provozovatelů.

Key words in original language

Virtuální vlastnictví, Regulace virtuálních světů, Online hry, Bentham, Locke, Hegel, Herní světy, Sociální světy

Abstract

Bigger part of our lives is now shifting to the internet and law is currently lagging behind this overbrush technological development. We can formulate two fundamental questions related to virtual property: Is it possible to establish property rights in virtual goods? And should it be for the benefit of the operators or users of virtual worlds? The paper presents three possible legal philosophical approaches and also the most important arguments of users and counterargumentation of operators.

Key words

Virtual property, Regulation of virtual worlds, Online games, Bentham, Locke, Hegel, Gaming worlds, Social worlds

Úvod

Na téma virtuálního vlastnictví bohužel neexistuje téměř žádná literatura v českém jazyce. Přitom je nepochybné, že jak roste celospolečenská důležitost informačních technologií, poroste i důležitost virtuálních ekonomik. Česká republika je obecně v trendech souvisejících s rozvojem a využíváním virtuálních světů značně pozadu za zbytkem EU, která zase jako celek výrazně zaostává za USA, Jižní Koreou a Čínou, to ale dle mého není důvod k tomu, aby byla veškerá literatura dostupná pouze v angličtině či jiných jazycích. S touto motivací jsem si proto v rámci soutěže SVOČ 2010/2011 na Právnické fakultě MU vybral právě téma virtuálního vlastnictví a výsledkem je tato práce, která byla pro konferenci COFOLA 2011 ještě upravena.

Téma je aktuální a v současné době je kolem něj stále ještě více otázek než odpovědí. Když už dojde k nějakému soudnímu sporu, strany se většinou dohodnou nebo k rozhodnutí soudu z různých důvodů vůbec nedojde (časté rozhodčí doložky ve smlouvách ToS a EULA) a ani cestou soudcovského nalézání práva nám tedy nejsou poskytována žádná vodítka. Právo tuto oblast speciálně nereguluje a většina diskuzí se momentálně neodehrává v rovině detailů regulace, ale stále ještě nebyla jednoznačně překonána ani otázka, zda-li vůbec právně regulovat.

V první kapitole se zabývám přístupem k virtuálnímu – nastiňuji pojem „virtuální“, zamýšlím se nad potřebou právní regulace virtuálního vlastnictví a popisuji některé záměrně vytvořené podobnosti kódu a reálného světa. Dále se zabývám otázkou, zda-li je možné vlastnit virtuální majetek (z pohledu Locka, Benthamy a Hegela) a kdo by ho měl vlastnit.

1 Přístup k virtuálnímu

1.1 Virtuální světy

V běžném životě používáme pojmy „reálné“ a „virtuální“ jako dichotomii, jako kvalitativní odlišení dvou neslučitelných a v ničem se nepřekrývajících částí. Snažíme se tím, v některých případech až zbytečně striktně, odlišit svět „reálný“, který je hmatatelný a ve kterém se nacházíme, a svět „virtuální“, který hmatatelný není a do kterého vstupujeme pomocí počítače.¹

Virtuální prostor využívá své zřejmě největší zbraně – má nulový fyzický rozměr a přesto je prakticky nekonečný; umožňuje nám překonávat obrovské vzdálenosti a komunikovat s lidmi na druhé straně planety v reálném čase.

Macek ve své diplomové práci poznamenává k informačním technologiím: „Prostupují – alespoň ve vyspělém světě – všemi rovinami společnosti, většinou forem společenského jednání, společenské organizace, jsou provázány se sociálními a kulturními praktikami, zahrnují a spoluutvářejí institucionální formace v nejširším slova smyslu. Jsou naprosto samozřejmou součástí osobních životů a rutinní každodennosti, volného času i pracovního procesu na jedné straně; na straně druhé podmiňují existenci globálních informačních (a tedy) i ekonomických toků. Zároveň, jako součást sofistikované výzbroje či jako nástroj byrokracie, jsou prostředkem formování a upevňování mocenských vztahů, přičemž

1 Pierre Lévy zmiňuje hned tři možné roviny slova „virtuální“. Nicméně já zůstal od počátku u dichotomie virtuální/reálné tak, jak je dnes celkem běžně používána. (LÉVY, P. *Kyberkultura*. Praha: nakl. Karolinum, 2000. s.44-47).

současně ovšem bývají využívány jako nástroje subverze.² Informačních technologií a problémů i nejasností s nimi spojených si intenzivně všímají snad všechny vědní obory. Právo samozřejmě nevyjímá. V současné době již ve všech aspektech života vstupujeme do kyberprostoru a často očekáváme, že se bude chovat stejně jako ten reálný, i když ve skutečnosti doufáme, že nám nabídne něco jiného (primárně ve vztahu k virtuálním světům).

1.2 Potřeba právní regulace

Jednou z prvních velkých otázek právní regulace virtuálních světů je stále ještě otázka potřebnosti právní regulace. Je vůbec nutné regulovat pomocí práva vztahy v rámci virtuálních světů? Existuje společenská objednávka, ekonomická potřeba či cokoli jiného, co by ospravedlňovalo zásahy práva do běhu virtuálních světů? Virtuální světy jako takové jsou totiž produktem často nadnárodních společností a představují obrovskou finanční i časovou investici, prostředek k vydělávání peněz a intelektuální výtvar. Je tedy vůbec třeba, aby právo zasahovalo do virtuálních světů vytvářením zákonů pro jejich regulaci nebo pro regulaci vztahů uvnitř nich?

Technologie se téměř vždy vyvíjejí rychleji než právo³, nicméně je v tomto případě opravdu nutné, aby právo dohánělo technologie? Poměrně jasný názor na toto téma v minulosti prezentoval např. Justice Easterbrook, který na otázku, co bychom měli dělat, odpověděl takto (ponecháno bez překladu): „By and large, nothing. If you don't know what is best, let people make their own arrangements. Next after nothing is keep doing what you have been doing. Most behavior in cyberspace is easy to classify under current property principles.“⁴ Máme tedy nedělat nic a spoléhat na autoregulační schopnosti virtuálních společenství nebo máme aplikovat současné poznatky a nijak nezohledňovat odlišné aspekty? Nebo snad máme vytvářet zcela novou úpravu na míru?

V současné době je veškeré dění ve virtuálních světech kontrolováno dvěma nástroji – kódem a smlouvou.⁵ Obecně kód nastoluje fyziku celého prostoru (je/není možné létat atp.) a může představovat i jiné možnosti sociální kontroly (možnost in-game obchodu s nemovitostmi atd.).⁶ Smlouva nám

2 MACEK, J. *Raná kyberkultura*. 2004. Diplomová práce. Masarykova univerzita. Fakulta sociálních studií. Vedoucí práce David Kořínek. s.6.

3 LEENES, R. (eds). *Constitutional rights and new technologies: a comparative study*. Hague: nakl. T.M.C. Asser press, 2008. s.90.

4 Tamtéž, s.89.

5 BALKIN, J. *Law and liberty in virtual worlds*. 49 N.Y.L. Sch. L. Rev. 63. 2004-2005. <http://www.heinonline.org> [cit 2010-12-16], s.2.

6 Viz Lessigovo „Code is law“ v Code and other Laws of Cyberspace – <http://code-is-law.org>.

potom poskytuje ujasnění vztahů mezi provozovatelem a hráčem, jejich jednotlivých práv a povinností. Dohromady vytváří architekturu a sociální rámec pro hraní.⁷

Je pochopitelné, že se provozovatelé snaží udržet maximum práv ve svých rukou – jak již bylo řečeno výše, jedná se o jejich výtvar a o ochranu jejich investic. Nicméně hráčská komunita se stále hlasitěji ozývá i o svá práva – o uznání své časové a peněžní investice do provozu tohoto světa. Zaznívá i argument, že prázdný svět bez hráčů je pro další hráče nezajímavý, a proto samotná přítomnost hráčů je pro virtuální svět určitou nemalou přidanou hodnotou.

Vztahy mezi hráči a provozovateli jsou momentálně odvozeny primárně od existence kódu a smlouvy, což umožňuje provozovatelům sledovat a korigovat jakékoli chování, které je nežádoucí pro jejich investice do světa. Na druhé straně ale poskytuje obrovskou míru kontroly nad celým prostorem – míru kontroly, která je de facto neomezená a poskytuje neomezenou moc nad celým světem. Právě tímto se, v duchu slavného citátu lorda Actona⁸, cítí uživatelé právem ohrožení. Do virtuálních světů se přesouvají i citlivé údaje, které si hráči při herních rozhovorech mezi sebou sdělují. Neomezená moc nad herním světem může být velice snadno zneužita. Hráči tedy volají po legislativě, která by aspoň částečně nahradila smluvní práva, která zakládají značný nepoměr mezi vzájemnými právy a povinnostmi.

Dá se také předpokládat, že s rostoucím počtem uživatelů virtuálních světů poroste i společenská (a potažmo i politická) poptávka po takových opatřeních.⁹ Čím více totiž pokvete obchod ve virtuálních světech, tím větší bude mít potenciální i reálné dopady na ekonomiku a vůbec na reálný svět. A čím více bude ovlivňovat reálný svět, tím rychleji se mu dostane zájmu ze strany zákonodárců. Navíc se tím dá předpokládat vznik celospolečenské poptávky po jasné právní regulaci (ne tedy pouze poptávka pramenící ze společnosti uživatelů virtuálních světů).¹⁰ Zde může posloužit za příklad

7 BALKIN, J. *Law and liberty in virtual worlds*. 49 N.Y.L. Sch. L. Rev. 63. 2004-2005. <http://www.heinonline.org> [cit 2010-12-16], s.3.

8 Viz „Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely.“ z http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1407&Itemid=283 (k 2011-03-06).

9 V souvislosti s některými případy již je poukazováno, že společenská poptávka existuje a téma by se nemělo přehlížet. Asi nejzmiňovanějším případem je vražda z roku 2005, kterou byly dovršeny spory o virtuální majetek mezi hráči. Viz <http://newsvote.bbc.co.uk/2/hi/technology/4397159.stm> (k 2011-03-12).

10 BALKIN, J. *Law and liberty in virtual worlds*. 49 N.Y.L. Sch. L. Rev. 63. 2004-2005. <http://www.heinonline.org> [cit 2010-12-16], s.1-2 a s.15-17.

Čína, která s narůstajícím vlivem používání virtuálních měn pro obchod v reálném světě zavedla zákony regulující tuto oblast.¹¹

Balkin navíc v této otázce připomíná, že samotní provozovatelé by měli stanovit, jaké cíle vlastně sledují. Pokud se hodlají chovat k uživatelům jako ke spotřebitelům, není pak příliš překvapivé, že se uživatelé budou domáhat takové ochrany ze strany práva, jaká náleží i ostatním spotřebitelům.¹²

1.3 Nápodoba reálného světa

Fairfield si všímá, že se při evoluci kyberprostoru vyvinulo pojmosloví, které do značné míry kopíruje pojmosloví reálného světa – využívání pojmů jako „prostor“ (viz kyberprostor), místnost (viz chatovací místnost) atd. Zároveň tvrdí, že používání těchto výrazů není tím, že bychom nebyli schopni vymyslet jiné, ale proto, že mezi virtuálním a reálným existuje určitá podobnost. Některé druhy kódu jsou úmyslně postavené tak, aby napodobovaly reálný svět a určité jeho vlastnosti.¹³

Dalším důvodem pro používání pojmů z reálného světa je pohodlí a možnost ztotožnění se s existujícím pojmovým aparátem – pro obyčejného uživatele virtuálních světů je praktičtější a příjemnější používat pojem „kniha“ než „bity představující tvar a funkci knihy“.¹⁴

1.3.1 Omezenost zdrojů

První vlastností, kterou některé druhy kódu kopírují, je možnost soutěže o jednotlivé omezené zdroje.

Ve chvíli, kdy je zdroj neomezený (respektive povaha jeho kódu nepřipouští omezenost) nastává situace jakou známe z duševního vlastnictví – fakt, že kód někdo používá, neznamená, že ho v danou chvíli nemůže používat nikdo jiný. Takové zdroje nám umožňují vytvořit neomezené množství

11 Viz HARAŠTA, J., KOČÍ M., ŠMERKL P. Virtual Money in China. *Masaryk university journal od law and technology*. Brno, 2010, vol. 4, nr. 2, s.191-205

Rozdílu v euroamerické politice „laissez-faire“ a asijskopacifické regulační politice v tomto odvětví si všímá např. i Michaela Štiková (ŠTIKOVÁ M. More than just a game – User expectations v operator interests. *Masaryk university journal od law and technology*. Brno, 2010, vol. 4, nr. 1, s. 47-58).

12 BALKIN, J. *Law and liberty in virtual worlds*. 49 N.Y.L. Sch. L. Rev. 63. 2004-2005. <http://www.heinonline.org> [cit 2010-12-16], s.1-2 a s.15-17.

13 FAIRFIELD, J. *Virtual property*. Boston University Law Review, Vol. 85, p.1047. 2005. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=807966 [cit 2011-1-2], s.7-8.

14 BARTLE, R. *Pitfalls of virtual property*. The Themis Groups. 2004. www.themis-group.com/uploads/Pitfalls%20of%20Virtual%20Property.pdf [cit 2010-12-17], s.3.

perfektních kopií, které mohou všichni používat, aniž by si navzájem překáželi v užívání.¹⁵

Omezenost zdrojů je vlastnost, kterou si nejčastěji spojujeme s reálným světem – máme možnost vyloučit z působení na věc ostatní a realizovat tak své právní panství nad věcí. U některých druhů kódu jsme chtěli dosáhnout stejného stavu, stejné možnosti vyloučit ostatní z působení na věc, a proto jsme do něj tuto vlastnost implementovali – vlastnost, že kód může ovládat pouze jedna osoba.¹⁶

Fairfield předkládá příklad e-mailu – jakmile je mi jednou přidělena e-mailová adresa (registračním nebo jiným procesem) nemůže již být tato adresa přidělena nikomu jinému (potom by postrádala smysl).¹⁷

1.3.2 Trvalost

Druhou napodobovanou vlastností je trvalost kódu, tedy stav, kdy kód neběží na jednom počítači a s každým vypnutím nezmizí. S tím souvisí i možnost přístupu k tomuto kódu z více různých počítačů.¹⁸

Pokud aplikujeme tuto vlastnost opět na e-mail, zjistíme, že k němu opravdu můžeme přistoupit z různých počítačů. Navíc, pokud vypneme počítač, informace uložené na našem e-mailovém účtu prostě nezmizí, zůstávají tam, připravené pro další přihlášení.

1.3.3 Vzájemná propojenost

Objekty v reálném světě se mohou navzájem ovlivňovat. Když dva lidé vstoupí do stejné místnosti, mohou v ní vidět stejné předměty a s povolením jejich majitele tyto předměty i zažívat (držet, používat, těžit z nich).¹⁹

Fairfield navíc tvrdí, že primární užitečnost e-mailové adresy není ani tak v kontrole, kterou vůči ní můžeme mít, ale právě v oné propojenosti (v síťovém efektu). Mohou ji vidět i jiní a tím na ní směřovat určitou svoji činnost (posílat na e-mail).²⁰

15 FAIRFIELD, J. *Virtual property*. Boston University Law Review, Vol. 85, p.1047. 2005. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=807966 [cit 2011-1-2], s.8.

16 Tamtéž, s.9.

17 FAIRFIELD, J. *Virtual property*. Boston University Law Review, Vol. 85, p.1047. 2005. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=807966 [cit 2011-1-2], s.9.

18 Tamtéž, s.9.

19 FAIRFIELD, J. *Virtual property*. Boston University Law Review, Vol. 85, p.1047. 2005. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=807966 [cit 2011-1-2], s.9.

20 Tamtéž, s.9.

Bylo tedy rozhodnuto, že kód bude napodobovat určité nezanedbatelné vlastnosti, které známe z reálného světa. Může právo tento fakt okázale ignorovat?²¹ Navíc, vzhledem k rostoucímu počtu virtuálních světů, různosti jejich účelů, počtu uživatelů a množství peněz, které se v nich pohybují, existuje i společenská poptávka po regulaci. Tato regulace by (hlavně z úhlu pohledu hráčů) měla kopírovat vlastnické vztahy a jejich principy tak, jak je známe z reálného světa.

2 K možnosti vlastnit virtuální předměty

Pokud tedy uznáme možnou existenci virtuálního majetku, je nutné vyřešit, jestli můžeme ospravedlnit existenci vlastnictví k tomuto majetku pomocí některých z teorií vlastnictví.

2.1 Bentham

Utilitaristická koncepce hledá „největší štěstí největšímu počtu“. Cílem je tedy zvyšovat celospolečenskou míru štěstí a snižovat míru strádání. Navíc, dle Benthama, se dá změna této míry přesně poměřovat podle speciálního algoritmu, tzv. felicific calculus.²²

Podle této teorie by mělo být vlastnictví virtuálního majetku umožněno, pokud to zvýší celkovou užitečnost pro společnost a dojde ke zvýšení sociálního bohatství. Možnost vlastnit zvýší produkci, protože lidé budou mít zaručená určitá exkluzivní práva a pokud je existence takového majetku žádoucí, pak je navýšení jeho produkce také žádoucí a tedy je žádoucí i uznání možnosti takový majetek vlastnit.²³ Pokud každý člen společnosti bude moci soukromě vlastnit, dá se očekávat, že společnost jako celek bude šťastnější.²⁴

Aplikace utilitaristického konceptu na virtuální majetek může přinést hned od počátku jeden problém – v současné době chybí společenský konsensus o sociální důležitosti virtuálních světů a v té souvislosti i virtuálního majetku a práv k těmto majetkům. Vytvoření nového avatara ve virtuálním světě má jen velmi malý vliv na okolní (reálný) svět.

Jednotliví hráči nicméně přisuzují svým avatarům a jejich postavení v reálném světě velkou důležitost (o tom svědčí množství času a prostředků,

21 Tamtéž s.13.

22 LASTOWKA, G., HUNTER D. *Laws of Virtual Worlds*. California Law Review (forthcoming). 2003. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=402860 [cit 2010-12-31], s.57-58.

23 Tamtéž, s.58-59.

24 JAMES, M. H. (eds). *Bentham and legal theory*. Belfast: nakl. Northern Ireland Legal Quarterly, 1975. s.16.

které do nich investují), což je klíčové. Utilitariáni definují společnost jako prostý souhrn jedinců a to ve chvíli, kdy miliony (tedy snad určitý dostatečný počet) hodlají investovat svůj čas a prostředky do virtuálních světů, ospravedlňuje přisouzení sociální důležitosti virtuálním světům.²⁵ K podtržení toho výsledku pak Lastowka a Hunter zmiňují příklad s problematickou využitelností většiny patentů pro většinu lidí – užitečnost není zřejmá, a přesto není tento argument považován za nutnost zrušit patentovou ochranu jako celek.²⁶

Aplikace této teorie má ovšem problém – nemožnost stanovit na jejím základě vhodný poměr mezi právy z duševního vlastnictví pro provozovatele a právy z vlastnictví virtuální majetků pro ostatní (jednotlivé hráče, hráčské komunity či samotné provozovatele). Není totiž zcela jasné, zda se v budoucím vývoji virtuálních světů nemohou objevit odchylky, které způsobí, že na různé světy bude z hlediska možnosti přiznat vlastnická práva nahlíženo zcela odlišně. Problém může být zejména ve vyvažování jednotlivých „virtuálních svobod“ tak, jak je zmiňuje Balkin.²⁷

Balkin rozeznává tři „virtuálních svobody“:

svobodu hrát (hráči)

svobodu tvořit (provozovatelé) – svobodu plánovat běh světa, udržovat jeho stav, budovat ho a obecně určovat jeho pravidla

svobodu tvořit společně (hráči i provozovatelé) – svobodu společně se podílet na běhu a směřování virtuálního světa²⁸

Dále v tomto textu bude rozvedeno, že virtuální světy se navzájem odlišují a vyžadují (a v budoucnu budou zřejmě vyžadovat) odlišné zacházení. Zde může mít utilitaristická koncepce problémy, protože v současné době se nedá jednoznačně říci, nakolik žádoucí je rozmělnovat práva v herních světech (World of Warcraft), které obecně vyžadují větší zásahy ze strany provozovatelů než světy neherní/sociální (Second Life). Dopředu se tedy nedá stanovit, které světy budou „hodné“ vlastnictví, protože by to mohlo

25 LASTOWKA, G., HUNTER D. *Laws of Virtual Worlds*. California Law Review (forthcoming). 2003. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=402860 [cit 2010-12-31], s.59-60.

26 Tamtéž, s. 60.

27 BALKIN, J. *Law and liberty in virtual worlds*. 49 N.Y.L. Sch. L. Rev. 63. 2004-2005. <http://www.heinonline.org> [cit 2010-12-16].

28 Tamtéž, s.1-2.

zásadně ovlivnit jejich funkčnost a tím pádem i snížit sociální blaho z přiznání vlastnictví plynoucí.²⁹

2.2 Locke

Základním kamenem této koncepce je, že člověk má výsadní práva ke svojí vlastní osobě.³⁰ A jelikož jeho osoba produkuje práci, tak k objektům, které touto prací vytvoří, má výlučná práva.³¹ Tedy ten, kdo vytvořil věc, má právo na užitek z ní. Navíc je Lockeho vlastnictví odvozené od práce přirozenoprávní konstrukce.³²

Na základě Lockeho teorie tedy může vlastnické právo k virtuálním majetkům vzniknout, jelikož jsou produktem určité práce (časové investice, námahy a snahy). Pokud práce vytvoří větší část hodnoty statku, pak lze nárokovat vlastnictví k takovému statku.³³

Problémem může být existence tzv. Lockean proviso, tedy jakési výhrady, na kterou se odvolával Robert Nozick.³⁴ Soukromé vlastnictví může vzniknout pouze ve chvíli, kdy je zároveň zanecháno dostatečné množství nezpracovaného zdroje stejné kvality i pro dobro ostatních (tedy v jejich společném vlastnictví; aby měl každý také možnost investovat svoji práci a získat vlastnictví pro sebe k vytvořené věci). Lastowka a Hunter říkají, že jelikož je virtuální svět vlastně nekonečný, nepředstavuje tato výhrada žádný problém.³⁵

Nicméně na problém můžeme narazit při uznání konečnosti některých virtuálních světů v určitý okamžik. Pokud je virtuálním světům v rámci dějové či jiné konzistence přisouzena určitá geografická struktura (konkrétní

29 LASTOWKA, G., HUNTER D. *Laws of Virtual Worlds*. California Law Review (forthcoming). 2003. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=402860 [cit 2010-12-31], s.60.

30 „(...) každý člověk má vlastnictví své vlastní „osoby“.“ LOCKE, J. *Druhé pojednání o vládě*. Praha: nakl. Svoboda, 1992. s.45.

31 „Práce jeho těla a dílo jeho rukou, můžeme říci, jsou ve vlastním smyslu jeho.“ LOCKE, J. *Druhé pojednání o vládě*. Praha: nakl. Svoboda, 1992. s.45.

32 LASTOWKA, G., HUNTER D. *Laws of Virtual Worlds*. California Law Review (forthcoming). 2003. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=402860 [cit 2010-12-31], s.61-62.

33 LASTOWKA, G., HUNTER D. *Laws of Virtual Worlds*. California Law Review (forthcoming). 2003. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=402860 [cit 2010-12-31], s.63.

34 „Neboť ten, kdo ponechává tolik, kolik jiný může užívat, dělá, jako když nebere vůbec nic.“ LOCKE, J. *Druhé pojednání o vládě*. Praha: nakl. Svoboda, 1992. s.48.

35 LASTOWKA, G., HUNTER D. *Laws of Virtual Worlds*. California Law Review (forthcoming). 2003. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=402860 [cit 2010-12-31], s.63-64.

rozloha a další aspekty), pak svět není v každém okamžiku nekonečný. Jistě, může se téměř kdykoli zásahem provozovatelů „nafouknout“ a má tedy potenciál být nekonečným, nicméně tento potenciál není využíván a v určitých okamžicích se musí počítat s konečností světa.

2.3 Hegel

Hegel vnímal majetek jako extenzi osobnosti³⁶ a spojoval vlastnická práva s lidskou osobností stejně jako svobodu, identitu atd. Lastowka a Hunter uvádí jako příklad snubní prsten – nejedná se primárně o nějaké vlastnictví k němu, nicméně o fakt, že je s ním člověk hluboce ztotožněn, vnímá ho jako svoji součást. I v případě neexistence jakéhokoli dalšího normativního opodstatnění existence vlastnických práv k takovému předmětu se jedná z pohledu této teorie o zcela dostačující vztah, který může založit vlastnické právo.³⁷ Hegel tedy vyzývá právní stát k tomu, aby garantoval jakási minimální vlastnická práva tak, aby pomocí navázání k vlastněným věcem mohl člověk ustanovovat a ukotvovat sám sebe v rámci světa.³⁸

Výhodou této koncepce může být, že nepřikládá žádnou váhu rozdílu mezi hromaděním reálných statků a virtuálních statků – primárně se totiž jedná o koncepci teleologickou, která sleduje účel a vliv těchto statků na seberealizaci člověka.

Z výzkumů plyne, že uživatel velice silně tíhne ke svému avatarovi.³⁹ Reflektuje do avatara sám sebe a nevnímá ho jako věc, kterou může ovládat ve virtuálním světě, ale jako svoji vlastní inkarnaci v kontextu virtuálního světa.⁴⁰

V případě, že uznáme avatara za faktickou extenzi vlastního těla do virtuálního prostředí, mohla by se očekávat určitá snížená míra jeho zcizitelnosti. Lastowka a Hunter zmiňují, že na základě interpretace Hegela se dá obhájit zcizitelnost nejen snubních prstenů, ale i některých zbytných částí lidského těla (např. jedné ledviny) a samozřejmě také avatara. Svoji

36 „Rozumnost vlastnictví není v uspokojování potřeb, nýbrž v tom, že se překonává pouhá subjektivita osobnosti.“ HEGEL, G.W.F. *Základy filosofie práva*. Praha: nakl. Academia, 1992. s.79 (Dodatek k §41).

37 LASTOWKA, G., HUNTER D. *Laws of Virtual Worlds*. California Law Review (forthcoming). 2003. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=402860 [cit 2010-12-31], s.64.

38 SCHROEDER, J.L. *Unnatural rights: Hegel and Intellectual property*. Cardozo Law, Legal Studies Research Paper No. 80. 2004. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=518182 [cit 2011-2-26], s.2-3.

39 LASTOWKA, G., HUNTER D. *Laws of Virtual Worlds*. California Law Review (forthcoming). 2003. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=402860 [cit 2010-12-31], s.65.

40 Tedy v souladu s původním významem slova „avatar“ v hinduismu.

argumentaci také potvrzují americkým Restatement of Property, který deklaruje společenský zájem na obecné možnosti zcizovat objekty svých vlastnických práv (omezení zcizitelnosti konkrétních objektů pak musí být na základě určitého společenského konsensu a politického postoje striktně stanoveno) – stojí tedy na okřídleném, nicméně stále potřebném „co není zakázáno, je povoleno“.⁴¹

2.4 Důsledky

Z pohledu těchto tří přístupů k vlastnictví není vlastnictví virtuálních věcí nepřekonatelným teoretickým problémem. Primárně totiž tyto teorie nestojí na hmatatelnosti vlastněných věcí, nýbrž na jiných hodnotách, které můžeme pozorovat u věcí virtuálních i skutečných.

3 Kdo vlastní virtuální předměty

V předchozí kapitole bylo potvrzeno, že je možné vlastnit i virtuální věci, bez ohledu na jejich nehmotnost nebo jiné pochybnosti, které pramení z rozdílů oproti věcem reálným. Nyní se dostávám k otázce, která je snad ještě palčivější, než otázka, zda-li virtuální věci vlastnit můžeme nebo ne. Když je vlastnictví možné, kdo by tedy měl virtuální věci vlastnit a proč?

Vlastnictví hráčů je obhajováno samozřejmě primárně hráčskou komunitou, která ve svých investicích času i financí vidí investici, která je hodná ochrany, tedy přiznání vlastnických práv. V současné době je obchod řízen sociálními konvencemi – vznikla komplexní síť sociálních kontraktů mimo formální právní systém. V rámci sítě panuje přesvědčení, že virtuální vlastnictví bude určitým způsobem reflektovat vlastnictví tak, jak jej známe z reálného světa.⁴² Hráči tedy odvozují své nároky od několika argumentů, které se pokusím představit v následující části (včetně argumentace provozovatelů).

3.1 Argumenty hráčů a obrana provozovatelů

O sociálním zakotvení současného vnímání virtuálního vlastnictví mluví i Bartle, který k tomu poznamenal: „Čím více lidí akceptuje iluzi, tím reálnější se stane.“⁴³ Zároveň ve své práci zmiňuje několik hráčských

41 LASTOWKA, G., HUNTER D. *Laws of Virtual Worlds*. California Law Review (forthcoming). 2003. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=402860 [cit 2010-12-31], s.65-66.

42 ŠTIKOVÁ M. More than just a game – User expectations v operator interests. *Masaryk university journal od law and technology*. Brno, 2010, vol. 4, nr. 1, s. 47.

43 BARTLE, R. *Pitfalls of virtual property*. The Themis Groups. 2004. www.themis-group.com/uploads/Pitfalls%20of%20Virtual%20Property.pdf [cit 2010-12-17], s.3.

argumentů, které dle jejich interpretace zakládají jejich vlastnictví k virtuálním majetkům.

Prvním z nich je argument o vlastnictví založeném faktem, že ona virtuální věc byla získána koupí. Zde je kamenem úrazu právě jeden z nástrojů regulace virtuálních světů – smlouva.⁴⁴ V rámci EULA nebo ToS je vlastnictví vyhrazeno pro provozovatele a smlouvy znemožňují hráčům nárokovat si vlastnictví virtuálního majetku. Tuto click-wrap smlouvu musí při instalaci/registraci produktu potvrdit každý a proto jí je i každý vázán a nelze tedy operovat přítomností dobré vůle při koupi zboží. Již od dob starých Římanů známe, že smlouvy se mají dodržovat a tento protiargument je tedy celkem pochopitelný. Nicméně i v českém právním řádu známe smlouvy, které zakládají značný nepoměr mezi právy a povinnostmi jednotlivých stran a EULA/ToS takřka dokonale zapadají do této kategorie. Otázkou tedy je, jestli bude někdy v budoucnu taková smlouva prohlášena za nemravnou (popř. nebudeme vycházet z chování provozovatelů a poskytovat hráčům spotřebitelské ochrany) a provozovatelé budou muset smlouvy přeformulovat tak, aby práva a povinnosti byly aspoň trochu vyvážené.

Druhým argumentem je východisko z Locka tak, jak byl nastíněn výše, tedy že každý může vlastnit produkt své práce. Hráči tvrdí, že avatar a postava na určité úrovni (a tedy s určitou hodnotou) neexistovali před jejich příchodem do hry, jsou produktem jejich práce, jejich úsilí. Velice častou reakcí provozovatelů je, že jim byly dány veškeré součásti/podmínky pro to, aby postava mohla vzniknout. Bartle mimo jiné uvádí příklad vypůjčené dětské skládačky (složím půjčenou skládačku a složením se z ní nestává mé vlastnictví).⁴⁵ Zde se potom obě strany zaplétají do argumentování používáním textových procesorů („když napíše ve Wordu dokument, Microsoft k němu nemá práva“ na straně jedné a „kdyby byla lépe postavená uživatelská smlouva, mohl by mít“ na straně druhé) a podobných nástrojů. Bartle toto dilema ve své práci ukončil prohlášením „it's not work, it's play“⁴⁶, ale já si troufnu nesouhlasit – nedomnívám se, že by se celá záležitost dala vyřešit takto jednoduše.⁴⁷ Do budoucna bude žádoucí, aby byl zábavní a pracovní aspekt virtuálních světů oddělen, např. pro účely daňové, které by ale neměly postihovat uživatele.

44 Tamtéž s.5.

45 BARTLE, R. *Pitfalls of virtual property*. The Themis Groups. 2004. www.themis-group.com/uploads/Pitfalls%20of%20Virtual%20Property.pdf [cit 2010-12-17], s.6.

46 Tamtéž, s.6.

47 Viz některé společnosti, které se specializují výhradně na gold farming a udělali si z obchodu s virtuálními předměty poměrně výnosnou živnost. To představuje do budoucna možnost mj. daňového zatížení takovýchto subjektů a tvrdit, že takováto činnost je „pouze“ zábava je pak poněkud krátkozraké.

Dalším silným argumentem na straně hráčů je tvrzení, že neprodávají virtuální předměty, ale čas, který investovali do jejich získání (a tím ho ušetřili protistraně). Podobný případ se dokonce měl dostat před soud⁴⁸, ale kvůli problémům s platbami advokátům nedošlo ani ke slyšení.⁴⁹ Obranou provozovatelů, kterou zmiňuje Bartle, potom je přirovnání k padělatelům peněz – s argumentem, že neprodávají falešné peníze, ale práci, kterou měli s jejich vyroběním, před trestem uchránění nebudou.⁵⁰

Posledním argumentem je, že „to bylo umožněno“. Hráči často argumentují, že smlouva jim zapovídá vlastnit virtuální předměty, nicméně činy provozovatele vypovídají o opaku. V rámci celého systému je velice jednoduché prodávat a nakupovat virtuální předměty skrze reálný svět. Bartle připomíná, že hráč se tímto staví do pozice čestného jednotlivce, kterému bylo vnuceno nečestné chování.⁵¹ Hráči se tímto dělí na „time-rich“ a „time-poor“ a tvrdí, že i „time-poor“ (u kterých se předpokládá, že jsou „cash-rich“) mají mít stejnou možnost hrát hru a že se od nich tak nějak očekává, že budou s věcmi/avatary obchodovat.⁵² Jako obrana provozovatelů je předkládána analogie s kupováním vysokoškolských titulů. Osobně považuji tento argument za zřejmě nejslabší z hráči předkládaných.⁵³

Většina hráčských argumentů je vyvrácena, protože ze strany provozovatelů chybí vůle ke kompromisu. Zatímco hráči se obecně snaží vymoci si práva, provozovatelé se snaží udržet současný status quo. Smlouva se v tuto chvíli jeví jako ideální nástroj potlačení hráčských vlastnických nároků. Provozovatelé se je snaží potlačit nikoli proto, že by je primárně chtěli pro sebe. Důvodem je, že přiznání vlastnictví hráčům by teoreticky zakládalo i povinnosti pro provozovatele a tím omezovalo jejich zisky, potažmo

48 BlackSnow Interactive v. Mythic Interactive. Více: http://virtual-economy.org/blog/blacksnow_interactive_the_docu (14.3.2011).

49 BARTLE, R. *Pitfalls of virtual property*. The Themis Groups. 2004. www.themis-group.com/uploads/Pitfalls%20of%20Virtual%20Property.pdf [cit 2010-12-17], s.7.

50 Tamtéž, s.7.

51 Tamtéž, s.7.

52 Tamtéž, s.7.

53 Tento argument totiž vyvracejí i někteří hráči sami s poukazem na to, že hráč s avatarem na vysoké úrovni má větší vliv na běh světa a proto je nutné, aby si prošel nižšími úrovněmi. Znalost světa způsobuje, že hráč k němu má větší respekt a lépe si uvědomuje jeho zákonitosti do kterých pak svévolně nezasahuje. V reálném světě bychom mohli nalézt obdobu v dospívání dítěte, které také poznává svět aby nakonec převzalo svoji odpovědnost dospělého.

celkový vliv na svět, který se momentálně opírá o práva plynoucí z duševního vlastnictví.⁵⁴

3.2 Rozdělení virtuálních světů

Další komplikace k možnosti/nemožnosti hráčů vlastnit virtuální majetek přichází s rozdělením virtuálních světů. Jak jsem již letmo zmínil výše, všechny virtuální světy nejsou stejné a základní dělení zahrnuje dva druhy světů: světy skriptované (tedy herní – např. World of Warcraft) a neskriptované (tedy sociální – např. Second Life).⁵⁵

3.2.1 Herní světy

V herních světech je primární postup ve hře, postavy se často mohou vyvíjet (získávat zkušenosti, úrovně, schopnosti). Předměty jsou většinou získávány v rámci hry dle určitého scénáře a slouží ke zvyšování konkurenceschopnosti v rámci hráčské komunity nebo k dalšímu postupu ve hře. Provozovatel má obrovský zájem na tom, aby se svět vyvíjel. Stagnující svět, kde nejsou k dispozici žádné další výzvy, je v konkurenci jiných herních světů světem nezajímavým. Přestože hráči také přispívají k hodnotě světa, není to tak zásadní přínos jak u světů sociálních.⁵⁶ Dá se tedy očekávat, že primárním zájmem provozovatelů bude udržet si veškerá práva ve svých rukou tak, aby byli schopni maximalizovat svůj vliv na svět a tím i svůj zisk z něj.

Přiznání vlastnictví hráčům v rámci herních světů je dvojsečnou zbraní. Provozovatel, jak již bylo řečeno výše, potřebuje, aby se svět vyvíjel s hráči, aby nebylo možné dosáhnout konce hry. Tudíž neustále zasahuje do běhu světa jeho rozšiřováním, zaváděním nových předmětů, nových hratelných i nehratelných postav atd. Provozovatelé se proto mohou ptát, jakým způsobem bude upravena jejich odpovědnost za umenšení majetku hráčů.

54 FAIRFIELD, J. *Virtual property*. Boston University Law Review, Vol. 85, p.1047. 2005. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=807966 [cit 2011-1-2], s.37-38 a s.44-45.

55 MORINGIELLO, J.M. *Towards a system of estates in virtual property*. Widener Law School Legal Studies Research Paper No. 08-22. 2007 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070184 [cit 2011-1-9], s.3.

BOONE, M.S. *Virtual property and personhood*. 24 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 715 2007-2008 <http://www.heinonline.org> [cit 2010-12-16], s.4-5.

56 MORINGIELLO, J.M. *Towards a system of estates in virtual property*. Widener Law School Legal Studies Research Paper No. 08-22. 2007 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070184 [cit 2011-1-9], s.3.

Nepovede přiznání vlastnictví k vlnám žalob, které způsobí, že herní svět ustrne na místě?⁵⁷

Představme si příklad, kdy je zásahem provozovatele umenšen majetek hráče. Ani není potřeba nějaká forma zlé vůle, úmyslu způsobit škodu. Stačí, že provozovatel zavede do hry místo předmětu AB (který byl doteď nejsilnější zbraň ve hře) předmět CD (který je odteď nejsilnější zbraň ve hře). Majetek všech hráčů, kteří vlastní zbraň AB se samozřejmě zmenšil, protože pro spoustu hráčů tato zbraň přestane být zajímavá tím, že již není nejlepší. Jak se s tím vypořádají soudy?

Další otázkou pak může být – co když svět jako takový přestane být pro společnost, která ho provozuje, výdělečný? Budou moci ukončit provoz? Vzhledem k nemožnosti převodu majetků mezi jednotlivými herními světy zanikne hráčům jejich virtuální majetek. Budou se moci domáhat náhrady? Nebo si budou domáhat soudnímu zákazu ukončení provozu a údržby herního světa?

Herní světy vyžadují opatrnější přístup, protože při rozměňování práv k těmto světům bychom se mohli dostat do situace, kdy žádná ze stran nebude mít žádné smysluplné právo, které by mohla uplatňovat. Žádná strana nebude mít smysluplné právo, nicméně všechny si budou moci navzájem bránit ve využívání světa a v jeho inovaci.⁵⁸ Přiznáním vlastnictví někomu jinému než provozovateli bychom tedy mohli způsobit, že znehodnotíme provozovatelovu investici, zničíme jeho výtvar a zcela popřeme jeho účel.

3.2.2 Sociální světy

V rámci sociálních světů se situace zdá o jednodušší. Sociální světy vyžadují menší zásahy provozovatelů do jejich běhu, protože o posun světa se starají primárně hráči. Není potřeba dělat změny v příběhu, zajistit, aby se hráči nenudili tím, že jim budou provozovatelé poskytovat nové výzvy. Tyto světy slouží zábavě, rozhovorům, vyjádření vlastního já, navazování přátelství a obecně socializaci.⁵⁹ Celková hodnota světa tedy plyne mnohem větší měrou ze společenství hráčů, kteří jsou v něm zapojeni, než je tomu u herních světů.

Předměty se nezískávají v rámci postupu hrou, ale pokud je k dispozici nějaký zajímavý předmět, který si hráč může pořídit (za virtuální či reálnou

57 FAIRFIELD, J. *Virtual property*. Boston University Law Review, Vol. 85, p.1047. 2005. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=807966 [cit 2011-1-2], s.52-54.

58 FAIRFIELD, J. *Virtual property*. Boston University Law Review, Vol. 85, p.1047. 2005. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=807966 [cit 2011-1-2], s.24-32.

59 Netvrdím, že těmto účelům nemohou sloužit i světy herní, ale tento jejich aspekt je upozaděn.

měnu) a předmět se mu líbí nebo se hodí do kontextu jeho seberealizace, pak si ho prostě pořídí. Přidáním nových předmětů se tedy málokdy stává, že by klesla cena předmětů současných (megalomanské sklony vlastnit „nejlepší zbraň“ atp. jsou těmto světům většinou cizí).⁶⁰

Přestože se může jevit přiznání vlastnictví hráčům jednodušší než v případě herních světů, nemusí to nutně znamenat dobrou vůli provozovatelů opravdu tato práva přiznat. Společnost Linden Lab (provozovatel Second Life) veřejně deklarovala přiznávání vlastnických práv hráčům, což samozřejmě hráčská komunita velice ocenila. Nakupování půdy probíhalo na aukcích organizovaných provozovatelem, ale jednomu z hráčů, Marcu Braggovi, se podařilo nakoupit na neautorizované aukci půdu za výrazně menší než běžnou cenu. Byl mu smazán účet, včetně všech jeho majetků (virtuální měny, pozemků, avatara). Bragg se obrátil na soudy, které zrušily rozhodčí doložku pro Linden Lab ToS. Soudem bylo dále řečeno, že došlo ke zřejmému rozporu mezi prohlášením provozovatele (o přiznání vlastnictví hráčům) a jeho chováním (ToS se nezměnila). Došlo tedy k situaci, kdy provozovatel veřejně lákal prohlášením, že hráči vlastní půdu/měnu/avatary nicméně smlouva nic takového nepotvrzovala.⁶¹ Strany se v říjnu 2007 dohodly a Marcu Braggovi byl obnoven jeho účet.⁶²

V tomto případě došlo k faktickému rozporu mezi očekáváním uživatelů, ustanoveními v ToS a chováním virtuální ekonomiky.⁶³ Jak již bylo zmíněno, provozovatelé v rámci vzájemného soupeření deklarují přiznání vlastnictví hráčům, aniž by se to odrazilo ve smlouvě. A virtuální ekonomika se o to, aby nebylo problémů málo, nijak zvlášť nestará.

Závěr

Virtuální světy se rozvíjejí a v budoucnu se očekává jejich využití ve všech myslitelných aspektech lidského života. Virtuální ekonomiky tedy získají na důležitosti a v takovém případě, může být nespravedlnost aplikovaného práva velkým problémem, který by na jednu stranu mohl brzdit rozvoj a na druhou stranu nahrávat rozvoji jakési „šedé zóny“ obchodu s virtuálními

60 MORINGIELLO, J.M. *Towards a system of estates in virtual property*. Widener Law School Legal Studies Research Paper No. 08-22. 2007 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070184 [cit 2011-1-9], s.3.

61 ŠTIKOVÁ M. More than just a game – User expectations v operator interests. *Masaryk university journal od law and technology*. Brno, 2010, vol. 4, nr. 1, s. 54-56.

MORINGIELLO, J.M. *Towards a system of estates in virtual property*. Widener Law School Legal Studies Research Paper No. 08-22. 2007 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070184 [cit 2011-1-9], s.3-4.

62 Viz <http://virtuallyblind.com/2007/10/04/bragg-linden-lab-settlement/> (14.3.2011).

63 ŠTIKOVÁ M. More than just a game – User expectations v operator interests. *Masaryk university journal od law and technology*. Brno, 2010, vol. 4, nr. 1, s. 58.

předměty (která je z pohledu případného daňového zatěžování nebo právní jistoty nežádoucí).

V současné době se virtuálním vlastnictvím zabývá množství teoretiků, takže existuje i množství různých závěrů (viz Margaret Radinová a její paradox⁶⁴ a další) a způsobů jak se k této problematice postavit. Samozřejmě, že existují i názory, které zcela zásadně odmítají snahu přisoudit k virtuálním věcem jakoukoli formu vlastnických práv. Já osobně se domnívám, že nakonec převládne ekonomická, sociální a politická poptávka.

Současný model funguje s pomocí platného práva, které poskytuje dostatek vodítek pro vyřešení případných sporů, neexistuje tedy jasná mezera v právu, která by urgentně musela být zaplněna. Nicméně částí společnosti je tento stav vnímán jako velice nespravedlivý a objevují se volání po zvláštní právní úpravě virtuálního vlastnictví. Domnívám se, že skutečně bude muset dojít k vytvoření vztahů mezi provozovateli a hráči, které budou zakládat alespoň částečnou rovnováhu mezi právy a povinnostmi, včetně určité úpravy práv k virtuálním věcem, a budou tak reflektovat zmíněnou (a stále rostoucí) společenskou poptávku.

Literature:

BALKIN, J. Law and liberty in virtual worlds. 49 N.Y.L. Sch. L. Rev. 63. 2004-2005. <http://www.heinonline.org> [cit. 2010-12-16],

BARTLE, R. Pitfalls of virtual property. The Themis Groups. 2004. www.themis-group.com/uploads/Pitfalls%20of%20Virtual%20Property.pdf [cit. 2010-12-17],

BOONE, M.S. Virtual property and personhood. 24 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 715 2007-2008 <http://www.heinonline.org> [cit. 2010-12-16],

CUNNINGHAM, R.A., STOEBUCK, W.B., WHITMAN, D.A. The law of property. St. Paul: nakl. West Publishing Co., 1984,

FAIRFIELD, J. Virtual property. Boston University Law Review, Vol. 85, p.1047. 2005. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=807966 [cit. 2011-1-2],

HEGEL, G.W.F. Základy filosofie práva. Praha: nakl. Academia, 1992,

64 Viz BOONE, M.S. *Virtual property and personhood*. 24 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 715 2007-2008 <http://www.heinonline.org> [cit 2010-12-16] - Radinová dospěla k vlastnictví ve prospěch hráčů, ale nemožnosti zcizovat

JAMES, M. H. (eds). Bentham and legal theory. Belfast: nakl. Nothern Ireland Legal Quarterly, 1975,

LASTOWKA, G., HUNTER D. Laws of Virtual Worlds. California Law Review (forthcoming). 2003.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=402860 [cit. 2010-12-31],

LEDERMAN, L. Stranger than fiction: Taxing Virtual Worlds. New York University Law Review, Vol. 82, 2007.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969984 [cit. 2010-12-19],

LEENES, R. (eds). Constitutional rights and new technologies: a comparative study. Hague: nakl. T.M.C. Asser press, 2008,

LÉVY, P. Kyberkultura. Praha: nakl. Karolinum, 2000,

LOCKE, J. Druhé pojednání o vládě. Praha: nakl. Svoboda, 1992,

MACEK, J. Raná kyberkultura. 2004. Diplomová práce. Masarykova univerzita. Fakulta sociálních studií. Vedoucí práce David Kořínek,

MORINGIELLO, J.M. Towards a system of estates in virtual property. Widener Law School Legal Studies Research Paper No. 08-22. 2007.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070184 [cit. 2011-1-9],

SCHROEDER, J.L. Unnatural rights: Hegel and Intellectual property. Cardozo Law, Legal Studies Research Paper No. 80. 2004.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=518182 [cit. 2011-2-26],

ŠTIKOVÁ M. More than just a game – User expectations v operator interests. Masaryk university journal od law and technology. Brno, 2010, vol. 4, nr. 1.

Contact – email

Harasta.j@seznam.cz

FREE/OPEN SOURCE SOFTWARE: KRÁL JE MRTEV, AŽ ŽIJE KRÁL!

FILIP HORÁK

Masarykova univerzita

Abstract in original language

Příspěvek se věnuje problematice free a open-source softwaru se zaměřením na českou právní úpravu. Na příkladu veřejné licence GNU GPL jsou demonstrována úskalí smluvního typu, odpovědnosti za vady, vynutitelnosti souvisejících práv u soudu a rozdíly oproti proprietárnímu softwaru. Práce obsahuje i exkurz do relevantní zahraniční judikatury a předpověď budoucího vývoje s ohledem na mimoprávní faktory.

Key words in original language

ochrana software, FOSS, veřejné softwarové licence, odpovědnost za vady

Abstract

This paper deals with legal aspects of free and open-source software and the way how they are reflected in domestic law. The problems of liability or enforceability are demonstrated especially on the example of GNU General Public License and are compared with features of the proprietary software. The text contains also USA and German courts' rulings and prediction of possible FOSS development and perspectives in the near future

Key words

software protection, FOSS, licenses, GNU GPL, liability

Obsah

- 1. Úvod 3
- 2. Stručná historie ochrany softwaru 4
- 3. Free a Open source software 6
 - 3.1. Free software 7
 - 3.2. Open source software 8
- 4. Veřejné softwarové licence 9
 - 4.1. GNU General Public License 11
 - 4.1.1. Licence či smlouva? 11
 - 4.1.2. Odpovědnost za vady 12

4.1.3. Právní relevance GNU GPL v zrcadle judikatury 14

5. Perspektiva FOSS 17

6. Závěr 19

Seznam použitých zdrojů 20

1. Úvod

V poslední době se čím dál více českých právníků začíná zaobírat oblastí, kterou domácí právo zatím reflektuje jen velmi nedostatečně. Řeč je o právních aspektech ochrany počítačových programů. Zatímco západní právní věda už stihla (respektive byla nucena) vyprodukovat na toto téma určité koncepce, v českém právním prostředí se jedná o fenomén v podstatě nový. Cílem této práce je souhrnně představit vývoj pojetí ochrany počítačových programů a upozornit na problematická místa současné i zamýšlené právní úpravy, a to především s ohledem na free a open-source software.

Problematika tvorby, distribuce a ochrany softwaru se může zdát výlučnou záležitostí počítačových odborníků a informatiky, avšak nic není vzdálenějšího pravdě. Překotný vývoj softwaru a výpočetních technologiích obecně, přinesl řadu problémů i inspirací do oborů zdánlivě naprosto nesouvisejících. Tak například sociologové na základě většinou kolektivní tvorby svobodného softwaru analyzují fungování samotné demokracie, filosofové s právníky si lámou hlavou nad proměnou a významem pojmu duševního vlastnictví, ekonomy zase zaujala nesmírná atraktivnost hnutí svobodného softwaru pro nadnárodní korporace jako Microsoft či IBM. Z toho vyplývá, že (svobodný) software v sobě ukrývá enormní potenciál. Čím je to zapříčiněno a jak se situace může vyvinout v budoucnosti, se pokusím popsat na následujících stránkách. Lze totiž říci, že významnou roli při dalším rozvoji FOSS budou hrát právě právníci, kteří jsou vzhledem ke specifickému charakteru FOSS nezbytnými pomocníky programátorů a vývojářů tohoto druhu počítačových programů.

Hned na úvod je nutné ujasnit si některé pojmy, kterých bude v textu dále užíváno. Právě s ohledem na skutečnost, že v České republice je toto téma teprve na prahu veřejné diskuse, neexistuje ani ucelená (pokud vůbec nějaká) terminologie. Především proto následující, výrazů software a počítačový program užívám, přes spíše technické nuance, jako synonym, software chráněný copyrightem nazývám zkomoleninou anglického termínu „proprietary“ jako proprietární, pro hlavní objekt zájmu a výzkumu, tedy free a open-source

software budu nejčastěji používat zkratku FOSS (Free/Open Source Software) nebo ne úplně výstižné spojení „svobodný software“. Všechny uvedené termíny budou na následujících stránkách samozřejmě náležitě vysvětleny.

2. Stručná historie ochrany softwaru

Přestože zmapování vývoje copyrightu, patentů a ostatních druhů ochrany počítačových programů není hlavní náplní této práce, považuji za nutné učinit alespoň krátký přehled. Za první právní úpravu autorského práva je všeobecně považován The Statute of Anne (též Copyright Act), který byl uzákoněn roku 1709 ve Velké Británii. Původním předmětem ochrany byla práva knižních nakladatelů, postupně se pod rozsah této normy subsumovala odvozená díla jako například překlady, mapy, fotografie a na konci tohoto dlouhého výčtu stojí i počítačové programy.¹ Svou cestu do USA si tento legislativní akt v téměř nezměněné podobě našel roku 1790, americký Copyright Act umožňoval udílení copyrightů a patentů na omezenou dobu v zájmu veřejného blaha a rozvoje věd a užitných umění.

Zásadním novodobým pokusem o upravení právního postavení softwaru je Software Copyright Act z roku 1980. Dá se říci, že ve Spojených státech jako první pochopili, že problematika ochrany počítačových programů přesahuje omezené možnosti dosavadních koncepcí duševního vlastnictví, ovšem ani jejich pojetí nepřineslo do řad právníků a programátorů žádné zlepšení poměrů. Někteří autoři, jako třeba Karen Lynne Durell, zastávají názor, že žádná ze současných koncepcí ani zdaleka nevystihuje mimořádně složitou povahu softwaru a volají po vytvoření zcela nového systému ochrany.²

Velmi zjednodušeně lze říci, že v evropském prostoru je jednoznačně upřednostňována ochrana prostřednictvím autorského práva, zatímco pro USA je typická patentová ochrana. Evropské pojetí se zakládá na pojetí počítačového programu jako literárního díla, což je dáno zřejmě historickými důvody, kdy se vývoj relativně primitivního softwaru opravdu nejvíce podobal práci literáta. Tak či onak, tento přístup se zrcadlí ve všech významných mezinárodních dokumentech, týkajících se práv duševního

¹History of copyright law, Wikipedia, dostupný z http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_copyright_law (cit. 10. února 2011)

²Lynne Durell, Karen, IP Protection or Computer Software: How Much and What Form is Effective?, *International Journal of Law and Information Technology*, Oxford University Press 2000, Roč. 8, č. 3, str. 231-262

vlastnictví. Poslední významná dohoda WIPO Copyright Treaty³, přijatá roku 1996, stejně jako o dva roky starší dohoda TRIPS⁴, zastřešená WTO (World Trade Organization, Světová obchodní organizace), odkazuje ve svém článku 4, respektive 10, na článek 2 Bernské úmluvy, jejíž základy byly položeny již v roce 1886. V něm se hovoří právě o ochraně literárních a uměleckých děl, vedle kterých byl počítačový program legislativně zařazen. To je nakonec potvrzeno i směrnicí 2009/24/ES, v jejímž prvním článku čteme, že „V souladu s ustanoveními této směrnice chrání členské státy počítačové programy autorskými právy stejně jako literární díla ve smyslu Bernské úmluvy o ochraně literárních a uměleckých děl.“⁵ Česká republika se s tímto požadavkem vyrovnává v §2 odst. 2 zákona č. 121/2000 Sb. (autorský zákon), který říká „Za dílo se považuje též počítačový program, je-li původní v tom smyslu, že je autorovým vlastním duševním tvůrem.“

Na závěr se vraťme k oné dichotomii v patentové ochraně softwaru. Zatímco ve Spojených státech se udělují tyto patenty naprosto běžně, v Evropě stanovila roku 1973 Evropská patentová úmluva, že počítačový program „jako takový“ patentovatelný není.⁶ Situace se však vyvinula tak, že i Evropský patentový úřad začal udělovat patenty, avšak pouze „vynálezům implementovaných počítačem“, tzn. většinou technickým zařízením, jejichž fungování je zajištěno počítačovým programem. Jako příklad lze uvést brzdové systémy v automobilech (především ABS), ale také by se mohlo jednat o program chytré pračky. Přestože tyto patenty začal EPO vydávat, jejich závaznost a vynutitelnost před národními soudy je mizivá. Pokusem změnit tuto situaci byla směrnice EU 2002/0047, která se přímo týkala patentovatelnosti počítačových programů a vynálezů

³WIPO Copyright Treaty, WIPO, přijato 20. 12. 1996, plné znění dostupné na http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P56_5626 (cit. 10. února 2011)

⁴TRIPS, WTO, přijato 15. 4. 1994, plné znění dostupné na http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm (cit. 10. února 2011)

⁵Nárh směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/24/ES, Databáze EUR-Lex, dostupné na <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=cs&lng1=cs,en&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=494692:cs&page=1&hwords=> (cit. 10. února 2011)

⁶The European Patent Convention, EPO, přijato 5. 10. 1973. Ustanovení úmluvy dostupné na stránkách Evropského patentového úřadu <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/2010/e/ar52.html> (cit. 10. února 2011)

implementovaných počítačem. Tento návrh však zvedl takovou vlnu odporu a kritiky, že byl 6. července 2005 v Evropském parlamentu zamítnut v poměru 648 ku 14.⁷ Četné příklady zneužití této ochrany v USA, značná ekonomická nevýhodnost a odpor četných skupin (komunita FOSS, menší vývojáři proprietárního softwaru i obchodníci) zapříčinil krach této iniciativy. V současné době je tedy na evropském kontinentu dominantní nadále ochrana autorským právem, o ochraně softwaru jako obchodního tajemství se nebudu věnovat s ohledem na zaměření práce.

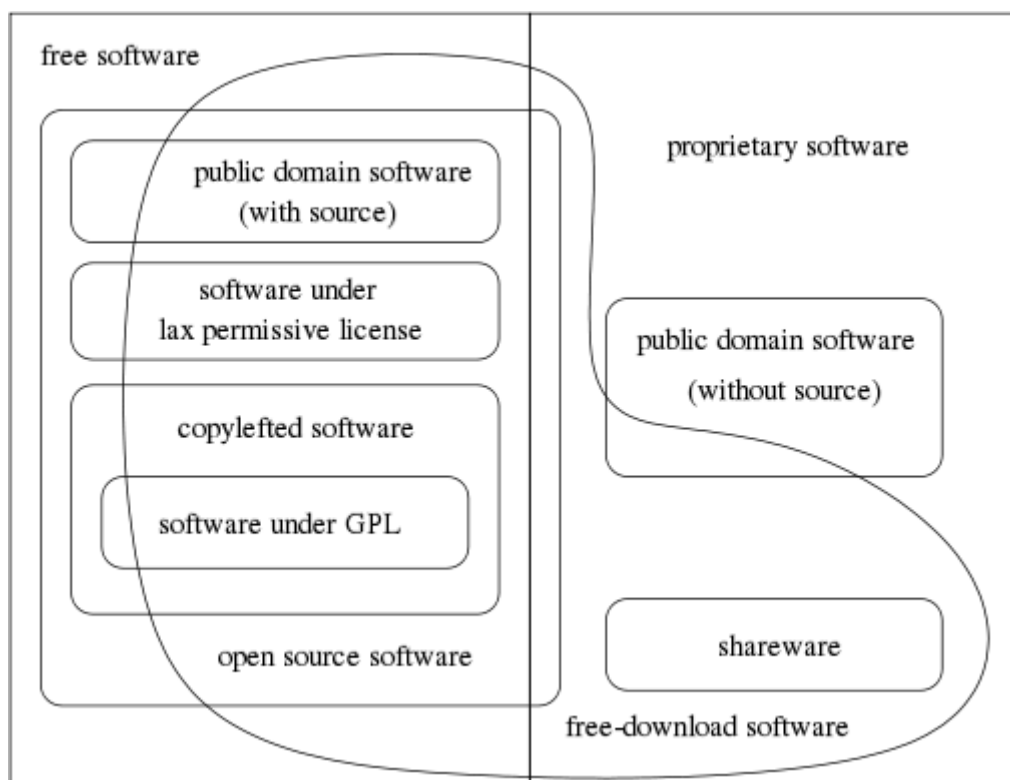
3. Free a Open source software

„To, co děláte, je zločin.“ Bill Gates 1976⁸

V této kapitole bude vysvětlen ústřední pojem celé práce a zároveň musí být odlišeny dva velmi podobné druhy svobodného softwaru. Toto rozdělení je v podstatě malicherné neboť obsah těchto pojmů se velmi často kryje, avšak slouží jako základ popisu dvou různých organizací, které přes vzájemnou averzi sledují stejný cíl a udávají tak směr celého FOSS hnutí. Jedná se o Free Software Foundation (FSF, Hnutí svobodného softwaru) a Open Source Initiative (OSI).

⁷Vývoj této kauzy na Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Proposed_directive_on_the_patentability_of_computer-implemented_inventions (cit. 10. února 2011)

⁸ Berry, David M., Copy, rip, burn, The Politics of Copyleft and Open Source, Pluto Press, 2008. str. 100



Zdroj: <http://www.gnu.org/philosophy/category.png> (14. února 2010)

Z přehledné tabulky vyplývá, že představa široké veřejnosti, která si FOSS spojuje především s tím, že je zdarma, je mylná. Přestože jde o jeden z častých a charakteristických znaků, nelze ani o volně a zdarma stažitelném programu tvrdit, že se jedná o svobodný software. O tom mluvíme, pokud daný počítačový program splňuje určité podmínky, které na něj klade jedno ze dvou už zmíněných hnutí.

3.1. Free software

Vzhledem k tomu, že spojení „svobodný software“ užívám jako souhrnného označení pro free i open source software a spojení „volný software“ je značně zavádějící, budu užívat pro pojmenování anglického spojení „free software“.

Free softwarová komunita se objevila na počátku osmdesátých let okolo zakladatele Free Software Foundation (FSF), aktivisty Richarda Stallmana. Organizovanou podobu ve formě FSF získala v roce 1985, tedy

pět let poté, co byl vešel v USA v účinnost Copyright Act, spolu s ním se totiž začalo zvyšovat povědomí firem jako IBM o důležitosti a ekonomické využitelnosti ochrany softwaru. Značná část studentů (hackerů)⁹ na Massachusetts Institute of Technology (MIT), mezi které patřil právě Stallman, si velmi brzy uvědomila, že nový přístup s sebou přináší řadu úskalí. Jejich zažitý přístup sdílení znalostí a spolupráce byl komplikován naprosto opačným postupem vydavatelů softwaru, kteří jeho taje začali před světem uzavírat. Světlo světa tak spatřily čtyři základní svobody (práva, chcete-li) uživatele, které by mu měl software poskytovat, a které zformulovalo právě FSF.

Svoboda spustit program za jakýmkoliv účelem (svoboda 0).

Svoboda studovat, jak program pracuje a přizpůsobit ho svým potřebám (svoboda 1). Předpokladem k výše uvedenému je přístup ke zdrojovému kódu.

Svoboda redistribuovat kopie, abyste pomohli vašemu kolegovi (svoboda 2).

Svoboda vylepšovat program a zveřejňovat zlepšení, aby z nich mohla mít prospěch celá komunita. (svoboda 3). Předpokladem k výše uvedenému je přístup ke zdrojovému kódu.¹⁰

Vidíme tedy, že, jádro svobody free softwaru neleží v jeho ceně, nýbrž v jeho technických vlastnostech. Slavné a výstižné prohlášení shrnuje, že svobodný software znamená svobodu jako třeba svobodu projevu, nikoliv jako pivo zdarma.¹¹ Zásadní je tedy dostupnost zdrojového kódu, která s sebou přináší právo program užívat, kopírovat a rozšiřovat. Zda za úplaty či zdarma, je pak na každém z nás.

⁹O celé historii hackerského hnutí, které vyrostlo na půdě MIT, pojednává Steven Levy ve své knize *Hackers, Heroes of the Computer Revolution*, volně dostupné na <http://www.gutenberg.org/ebooks/729>

¹⁰Projekt GNU <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.cs.html> (cit. 15. února 2011)

¹¹ibid

3.2. Open source software

Termín open source software znamená v podstatě pragmatictější a obchodnický přívětivější pojetí free softwaru. Postrádá jeho filosofický nádech, spíše se soustřeďuje na využití silných stránek, které FOSS nabízí. Jestliže zastánce free softwaru spojuje Free Software Foundation, platformou open source softwaru je Open Source Initiative, založená roku 1998 Ericem Raymondem a Bruceem Perensem. Stejně jako FSF vede OSI svůj vlastní seznam schválených licencí, na které klade i podobné požadavky. Místo čtyř základních svobod uvádí deset pravidel, které se pochopitelně již zmíněným svobodám velmi podobají. Jen namátkou se jedná o volnou redistribuci, dostupnost zdrojového kódu, možnost vyrábět odvozená díla, a podmínky licencování.¹² Prvním významným počinem v historii OSI bylo zveřejnění zdrojového kódu webového prohlížeče Netscape, který v té době soupeřil o prvenství na trhu s prohlížečem Microsoftu.

Vůbec to byl internetový prostor, kde myšlenky svobodného softwaru pevně zakořenily, a kde dnes můžeme najít celou řadu potomků těchto nápadů. Za všechny můžeme uvést online encyklopedii Wikipedia, obchody Amazon či eBay, platební službu PayPal, a v neposlední řadě množství produktů a projektů společnosti Google.

Vzpomeneme-li si, v jakém prostředí vznikl myšlenkový a názorový základ FOSS, vidíme, že od té doby urazil pěkně dlouhou cestu. Zde je nutno připomenout, že zejména OSI nabádá programátory, aby nebrali pojem open source jako synonymum slova „zadarmo“. Můžeme se podívat na servery společnosti Red Hat, databázi MySQL, které jsou sice licencovány pod svobodnou licenci, ale za jejich provoz a údržbu si informatici účtují nemalé částky. Pro zajímavost, v roce 2001 přesáhly investice společnosti IBM do vývoje operačního systému GNU/Linux jednu miliardu dolarů.¹³ Byl to právě Linux, který udělal z celého FOSS hnutí respektovanou entitu na počítačovém trhu a zásadně změnil jeho komerční potenciál.

¹²Všech deset pravidel na Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Open_Source_Definition (cit. 19. února 2011)

¹³ Berry, David M., Copy, rip, burn, The Politics of Copyleft and Open Source, Pluto Press, 2008. str. 121

4. Veřejné softwarové licence

Pojem licencování počítačového programu se do autorského práva dostal z práva patentového, kdy majitel patentu uděloval licenci výrobcům a obchodníkům, tedy právo s jeho vynálezem nakládat. Jak již bylo uvedeno, software naplňuje pojem autorského díla, splňuje-li podmínky uvedené v § 2 autorského zákona. V nejklassičtější podobě se jedná o proprietární software, kdy autorská práva k počítačovému programu vykonává obchodní společnost, jako zaměstnavatel jednotlivých programátorů. V takovémto případě uzavírá běžný uživatel se společností tzv. End User License Agreement (EULA, Licenční ujednání s koncovým uživatelem), ve kterém se obvykle zřiká svých práv, zavazuje se do programu nezasahovat, nekopírovat jej a nešířit dál.

Pro vysvětlení toho, jak je to s licencováním svobodného softwaru, je nutno si nejprve vysvětlit klíčové pojmy, tj. „copyleft“ a „virální licence“. FOSS hnutí neformálně rozlišuje různé stupně (druhy) licencí, podle jejich „přísnosti“. Nejvolnější je software dostupný jako tzv. „public domain“ (v podstatě volné dílo ve smyslu českého autorského zákona), se kterým může uživatel nakládat naprosto dle své libosti. Nutno dodat, že v našem právním řádu se takovýto software nemůže vyskytovat, neboť se nikdo nemůže svých práv vzdát (§ 26 autorského zákona) a počítačové programy jsou vyloučeny i z doktríny „fair use“ (volného užití), která umožňuje zhotovení kopie pro vlastní potřebu (§ 30 odst. 2 a 3 autorského zákona). Druhým stupněm jsou tzv. „permissive licenses“ (v češtině něco jako „dovolující“), nejznámější zástupcem je licence BSD (Berkeley Software Distribution). Jediným jejich požadavkem je uvedení autora a upozornění na licenci, další užití díla je zcela na uživateli. Nejformálnější skupina je zároveň nejrozšířenější, jedná se právě o virální licence. Tzv. virální fenomén znamená, že jakákoliv modifikace provedená v programu pod virální licenci, musí splňovat podmínky této licence. Tento efekt se nazývá také „copyleft“, efekt copyleftu nastává ale pouze v případě, že programátor pozměněnou verzi programu šíří dále. Znamená to tedy, že výsledné změny nemohou překročit rámec a požadavky té které licence a program tak musí nést totožnou ochranu. Nejčastějším druhem virální licence je populární GNU General Public License (GNU GPL nebo jen GPL, Všeobecná veřejná licence). Zajímavý názor zastávají někteří hard-core příznivci free softwaru, kteří tvrdí, že GPL, vzhledem k její složitosti a přísnosti, odporuje vlastně zásadním požadavkům jejich hnutí. Protiargumentem může být to, že původním autorem této široce využívané licence je jejich guru Richard Stallman. Jelikož je GNU GPL nejvýznamnějším zástupcem FOSS licencí, podíváme se na ni v další kapitole blíže.

Zmínku si zaslouží i iniciativa, která z myšlenek FOSS bezprostředně čerpá. Jelikož podobné snahy jako lidé počítačového trhu jsou vlastní i filmovým

či hudebním vydavatelstvím, Lawrence Lessig prohlásil, že tyto organizace „vyprovokovali válku proti svobodným inovacím“¹⁴. Ve své knize *Free Culture* popisuje mechanismy, které způsobují to, že v současné době přestává ona svobodná kultura existovat. Argumentem je, že v celé historii lidského pokolení se kultura utvářela na základě pozůstatků předešlých generací, což v dnešní době přestává být dost dobře možné, protože budete-li čerpat inspiraci z prací vašich předchůdců, nejspíše vás někdo zažaluje za porušování autorských práv. Proto výše jmenovaný prominentní právník založil v roce 2001 organizaci Creative Commons. Ta představila vlastní koncepci licence, která umožňuje kombinaci několika podmínek, za jakých může dílo užít kdokoli další.¹⁵ Jedná se podle mého názoru o životaschopný koncept právě pro ty, kteří se chtějí pokusit o to, aby volná kultura nezmizela definitivně ze světa, ať už se jedná o spisovatele, fotografy, muzikanty či filmaře. Tyto licence užívá například internetová encyklopedie Wikipedia. Tuto odbočku zakončíme představením iniciativy Open Access (Otevřený přístup), jejím cílem je zpřístupnění zejména vědecké literatury, tedy článků, výstupů pokusů apod. zainteresovaným kolegům. Důvody pro řešení stávající situace je zejména kvantita odborných publikací, která však neznamená automaticky kvalitu, ohromné náklady na pořízení těchto médií a prodleva mezi napsáním článku a jeho uveřejněním v tištěné podobě. Hnutí Open Access tak hledá cesty, jak zpřehlednit situaci na tomto trhu a poskytnout univerzitám a vědeckým institucím snadnější a rychlejší cestu ke kvalitním publikacím. Po Akademii věd ČR se Masarykova univerzita stala teprve druhou institucí na našem území, která se do tohoto progresivního projektu zapojila.¹⁶

4.1. GNU General Public License

Hlavní výhodou této nejrozšířenější licence je copyleftové působení, na stejné bázi, jako copyright omezuje práva dílo užívat, copyleftové licence tímto způsobem zaručují poskytnutí práv dalším nabyvatelům softwaru. GNU GPL je uznávána oběma zmíněnými organizacemi a často je jednou z dvou nebo více licencí, chránících počítačový program.

¹⁴Kumar, Sapna, Enforcing the GNU GPL, *Journal of Law, Technology & Policy*, University of Illinois, Roč. 2006, str. 445

¹⁵Creative Commons, dostupné na <http://www.creativecommons.cz/zakladni-informace-o-cc/typy-cc-licenci/> (cit. 26. února 2011)

¹⁶Více o tomto tématu např. Myška, Matěj, Brána vzdělání otevřena – Open Access workshop, *Revue pro právo a technologie*, 2011, č. 2, str. 6, dostupné na <http://www.law.muni.cz/content/cs/rpt/obsahy-cisel/>

První verze, napsaná Richardem Stallmanem, spatřila světlo světa už v roce 1989, vzhledem k datu vydání obsahovala pouze nejzákladnější prostředky, jak zajistit dodržování čtyř zaručených svobod. Proto hned o dva roky později přichází verze druhá, která se přes různé své derivace (LGPL, AGPL) dožila roku 2007, jedním z milníků a velkých úspěchů byl rok 1992, kdy pod tuto licenci přešel finský programátor Linus Torvalds se svým operačním systémem Linux. Zatím poslední verze GNU GPL byla po téměř dvouletém jednání a připomínkování konečně přijata v červnu 2007. Měla by pokrývat nové trendy a prázdná místa, která se objevila v jejím předchůdci, a to zejména zneužití Digital Rights Managementu (DRM) ochrany, tedy omezování modifikace pomocí nastavení hardwaru a obcházení licence pomocí patentových dohod, jak nám v roce 2006 předvedli Microsoft a Novell.¹⁷

4.1.1. Licence či smlouva?

V zemích case law je stále bez jednoznačného výsledku diskutována otázka, zda je GNU GPL opravdu licenci, jak naznačuje ve svém názvu, či smlouvou. Význam tohoto sporu leží v následné právní ochraně, kdy je rozlišována odpovědnost smluvní a odpovědnost za porušení autorského práva. V České republice se jako v ostatních zemích kontinentálního práva jedná o smlouvu. Jejím specifikem je, že se jedná o smlouvu ve většině případů uzavíranou na dálku, navíc nejčastěji dle ustanovení §46 odst. 6 autorského zákona, tedy bez předem určeného počtu subjektů a bez vyrozumění navrhovatele.

V článku Eduarda Szattlera¹⁸ je poukázáno na situaci, kdy se do sporu dostanou strany s různým pojetím licenčního ujednání. Je logické, že poslední verze GNU GPL se vydala cestou internacionalizace, ze stejného důvodu je ale nemožné postihnout všechny potenciální komplikace, které mohou v případě sporu nastat. V případě vnímání licence jako opravdové licence, tedy jednostranného právního úkonu, a jejího následného porušení, řídícího se autorským právem, by mělo být rozhodujícím určovatelem lex loci, tedy právo místa, kde k takovému porušení došlo. Ke stejnému závěru dojdeme myšlenkovou konstrukcí, kdy mluvíme o mimosmluvním vztah, na který dopadá nařízení Řím II, jeho článek 8 upravuje porušení práv duševního vlastnictví, konkrétně v odstavci 2 čteme, že „Rozhodným právem pro

¹⁷Microsoft a Novell: ze soupeřů partneři, Root.cz (online), dostupné na <http://www.root.cz/clanky/microsoft-a-novell-ze-souperu-partnery/> (cit. 24. února 2011)

¹⁸Szattler, Eduard, GPL „Viral“ License or „Viral“ Contract, *Masaryk University Journal of Law & Technology*, 2007 Roč. 1, č. 1, str. 67

mimosmluvní závazkové vztahy, které vznikají z porušení jednotného práva duševního vlastnictví Společenství, je v otázkách neupravených příslušným aktem Společenství právo země, ve které k tomuto porušení došlo.“¹⁹

O poznání komplikovanější situace nastává v momentě, kdy se jedná o dva subjekty, z nichž jeden trvá na tom, že udělil licenci (zmocnil uživatele), zatímco druhý je přesvědčen o tom, že uzavřel smlouvu. Pojetí GNU GPL jako smlouvy nás směřuje do nařízení Řím I, vzhledem k tomu, že prodej, zhotovení či distribuce softwaru naplňuje více písmen článku 4 odstavce 1, odstavec 2 nám říká, že „Pokud se na smlouvu nevztahuje odstavec 1 nebo pokud by se na prvky smlouvy vztahovalo více než jedno z písmen a) až h) odstavce 1, řídí se smlouva právem země, v níž má strana, která je povinna poskytnout plnění charakteristické pro smlouvu, své obvyklé bydliště.“²⁰ Snadno si ale dokážeme představit, že zjistitelnost a vymahatelnost práva je vzhledem k povaze svobodného softwaru (kolektivní tvorba lidí z různých koutů planety) spíše z říše snů.

4.1.2. Odpovědnost za vady

Problém přichází hned s úvodním konstatováním, totiž, že legální definice počítačového programu schází jak v českém, tak v mezinárodním právu. Software jako takový je nehmotné duševní vlastnictví, jeho účelem je zajišťovat v počítači správné fungování fyzických částí (hardware). Věcí v právním slova smyslu může být datový nosič, ale nikoliv samotný software, který je souhrnem a postupem metod, operací, vedoucích k různorodým úkonům a činnostem. Neztotožňuji se s názorem některých právníků, kteří zařazují software mezi movité věci. V současné době, kdy nenacházíme odpověď na podstatu softwaru ani v občanském zákoníku, ani v autorském zákoně, musíme jej podřadit pod „jinou majetkovou hodnotu“ (§118 Občanského zákoníku), což z něj dělá předmět práv a povinností, podobně jako třeba know-how.

S tím souvisí i problematika zodpovědnosti za správné fungování softwaru, tedy jeho bezvadnost. I na počítačový program se ve chvíli, kdy je

¹⁹Nariadení Řím II [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:01:CS:HTML)

(cit. 22. února 2011)

²⁰Nariadení Řím I [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:01:CS:HTML)

(cit. 22. února 2011)

předmětem závazkového vztahu (ať už dle občanského či obchodního práva), musí dát uplatnit práva kupujícího, tedy věc v záruční době reklamovat. Nebudu se zabývat otázkami, kdy a za jakých okolností možné reklamaci požadovat, kdo je v těchto případech legitimován, nýbrž bych chtěl poukázat na poměrně častou praxi výrobců a distributorů softwaru, totiž zřikání se zodpovědnosti za vady, nesprávné fungování či způsobené škody. Můžeme říci, že praxe neposkytnutí záruky („disclaimer warranty“) či omezení odpovědnosti za škodu („limitation of liability“) se vyskytuje jak u softwaru proprietárního, tak v samotných podmínkách GNU GPL.

V prvně uvedeném případě je to zarážející zejména s ohledem na to, že za produkt ve většině případů platíme nemalé peníze, načež při „odklikávání“ licenčních podmínek (End User License Agreement), čímž s výrobcem uzavíráme licenční smlouvu, souhlasíme s tím, že výrobce nenese za faktické vady svého výrobku žádnou odpovědnost. S ohledem na to, že § 574 odst. 2 občanského zákoníku praví „Dohoda, kterou se někdo vzdává práv, jež mohou v budoucnosti teprve vzniknout, je neplatná.“, můžeme směle říci, že podmínky a smluvní ujednání jsou v rozporu se zákonem. Stejnou podmínku stanovuje pro obchodněprávní režim § 386 odst. 1 obchodního zákoníku slovy „Nároku na náhradu škody se nelze vzdát před porušením povinnosti, z něhož může škoda vzniknout.“ Zůstaneme-li však v rovině občanského práva, zřejmě nejčastěji si budeme pořizovat software jako spotřebitelé, tedy osoby nejednající v rámci své obchodní činnosti (viz § 52 občanského zákoníku), tzn. formou spotřebitelské smlouvy. Pak je nutno vzpomenout také § 56 odst. 3 písm. b) občanského zákoníku, který říká, že „Nepřípustná jsou zejména smluvní ujednání, která vylučují nebo omezují práva spotřebitele při uplatnění odpovědnosti za vady či odpovědnosti za škodu.“ Takováto ujednání jsou podle § 55 odst. 2 občanského zákoníku neplatná, zajímavostí je, že vzdání se svých práv ve spotřebitelské smlouvě se s účinností od 1. srpna 2010 přesunulo z kategorie relativní neplatnosti, definované v § 40a, do neplatnosti absolutní.

V případě, že se jedná o svobodný software, licencovaný pod GNU GPL, znamená to právně téměř totéž (článek 15 odpírá záruku a článek 16 omezuje odpovědnost na míru požadovanou zákonem), ale celá věc je technicky ještě komplikovanější než u proprietárního softwaru. Prokázat odchylku od běžné funkcionality programu je natolik komplikované, že uplatňování práva na náhradu škody u počítačových programů je raritou. Důvodem, proč se v těchto záležitostech už nevede celá řada sporů, je nejen to, že dokázat vadu u zpravidla velmi složitého počítačového programu je schopen pouze počítačový odborník ale navíc si tato záležitost žádá i právníka s potřebným porozuměním podstatě problému. Dokážeme si tedy představit, kolik „obyčejných“ lidí je ochotno rozpoutat takovou soudní při, navíc s nejasným výsledkem, zvláště když existují daleko bezbolestnější způsoby nápravy (např. obstarání si obdobného programu jinou, obvykle „pirátskou“ cestou). V praxi už především vůdčí společnosti jako Microsoft či Apple reflektují ve svých univerzálních licenčních ujednáních skutečnost,

že taková míra odpovědnosti, jaká by jim vyhovovala, není mnoha právními řády dovolena.²¹

Dalším častým jevem v licenčních podmínkách, a to zejména u FOSS, je věta, že software přebíráte „as is“, slovy českého zákonodárce „jak stojí a leží“ (§ 501 občanského zákoníku). Přestože tuto formulaci používá mezi mnoha jinými např. operační systém na bázi Linuxu Ubuntu²² nebo společnost Adobe²³, v našem právním řádu také neobstojí. Jak totiž již několikrát judikoval Nejvyšší soud ČR (např. 25 Cdo 1741/1998 32 Cdo 5430/2007), toto ustanovení se týká pouze souhrnu věcí, nikoliv věcí individuálně určených.²⁴ V následující kapitole se podíváme na otázku, která ale těmto diskusím logicky předchází, totiž jaký je vlastně status GNU GPL, zda je právem uznatelná a její podmínky tudíž vymahatelné.

4.1.3. Právní relevance GNU GPL v zrcadle judikatury

Zopakujme si, že GNU GPL je speciální licenční smlouvou, jejíž některé části mohou být rozporné s právním řádem určitého státu, její specifickou vlastností je „copyleftový“ efekt, tedy odvozená díla musí rovněž splňovat podmínky a nést tuto licenci. A právě v této skutečnosti a povinnosti leží jádro většiny soudních sporů, které se v souvislosti s GNU GPL odehrály.

²¹ Viz např. podmínky operačního systému Mac od společnosti Apple, dostupné na <http://store.apple.com/Catalog/US/Images/MacOS9.htm> (cit. 1. března 2011) či operačního systému Windows 7 společnosti Microsoft, dostupné na <http://www.microsoft.com/about/legal/en/us/IntellectualProperty/UseTerms/Default.aspx> (cit. 1. března 2011)

²² Nápověda k programu, dostupná na <https://help.ubuntu.com/2007m/kubuntu/desktopguide/cs/ln-id2569084.html> (cit. 1. března 2011)

²³ Obchodní podmínky k Adobe Flash, dostupné na http://www.adobe.com/products/eulas/pdfs/flash_platform_dist_serv_eula_9-1-09.pdf (cit. 1. března 2011)

²⁴ Souhrnně k tématu odpovědnosti za vady softwaru články Odpovědnost za vady software, Aujezdský, Josef, dostupný na <http://www.e-advokacie.cz/cz/clanky/pravo-it/odpovednost-za-vady-software.html> (cit. 1. března 2011) nebo Odpovědnost za vady software, Knebl, Ondřej, Šurmanová, Michaela, dostupný na http://pravniradce.ihned.cz/c4-10078260-46529960-F00000_d-odpovednost-za-vady-software (cit. 1. března 2011)

S přehledem dosavadní judikatury ve věcech GNU GPL začneme za mořem, kde se lidé soudí přeci jen raději než na evropském kontinentu. V roce 2002 žalovala společnost MySQL AB (tvůrce nejpoužívanějšího databázového systému na světě, který je licencován pod GNU GPL) společnost Progress NuSphere za porušení autorských práv a práv z ochranné známky. Rozřešení technicky složitého problému se veřejnosti nedostalo, protože mezi stranami byl nakonec uzavřen smír. Otázka, zda nelicencovaný software může ve svém kódu odkazovat na software licencovaný (zde tedy databázi MySQL) bez toho, aniž by vzniklo odvozené dílo, je tedy dodnes předmětem dohadů mezi zastánci různých pojetí. Na odpověď, jakou roli hraje GNU GPL jsme si museli ještě počkat.

Nejaktivnějším bojovníkem proti této licenci je bezesporu společnost SCO, ta, přestože je od roku 2007 v insolvenci, vede do současnosti spory s takovými giganty jako IBM, Novell nebo Red Hat. Své tažení zahájila v srpnu 2003 jednoznačným prohlášením, že „GPL nemá žádnou právní závaznost“.²⁵ SCO (ještě pod jménem Caldera) vyvíjela vlastní operační systém na bázi UNIX a obvinila výše zmíněné společnosti, že prvky z jejich systému neoprávněně používají ve svých Linuxových projektech. Nároky vznesené proti IBM vyšplhaly z původní miliardy dolarů na celých pět miliard a v jednom z mnoha doplnění žaloby se SCO pokoušela dokonce namítnat rozpor GNU GPL s osmým článkem Ústavy USA! Bez zajímavosti není, že sama Caldera distribuovala mezi léty 1994 a 2003 i Linux, ostatně jejich vlastní právo k inkriminovaným částem operačního systému UNIX bylo v průběhu sporu zpochybňováno. Jelikož samotná otázka vynutitelnosti GNU GPL vzhledem k množství sporů a řady nároků (porušení obchodního tajemství, patentová ochrana atd.) upadla do pozadí, zmíním se pouze o momentální situaci v jednotlivých soudních příp. Spor s IBM dosud není definitivně uzavřen, soudce Dale Kimball usnesením ze dne 21. září 2007 (týden po vyhlášení bankrotu SCO) řízení zastavil do skončení insolvenčního řízení.²⁶

Ve věci SCO vs. Novell vznesla společnost Novell řadu protinávrhů, se kterými byla nakonec velmi úspěšná. Dne 10. srpna 2007 rozhodl rovněž Dale Kimball, že vlastníkem dotyčných částí UNIXu je společnost Novell. Jednání, kde měla být vyčíslena přesná částka škod, způsobených SCO, bylo nařízeno na 17. září 2007, ze stejného důvodu jako v případě IBM však bylo řízení zastaveno. V listopadu bylo vydáno povolení vynesení rozsudku ohledně náhrady škody, ale s odloženou právní mocí. Došlo k záměně účastníků, vzhledem k dosavadnímu vývoji se tak Novell ocitl v pozici

²⁵SCO-Linux controversies, Wikipedia, dostupné na http://en.wikipedia.org/wiki/SCO-Linux_controversies (cit. 2. března 2011)

²⁶SCO v. IBM, Wikipedia, dostupné na http://en.wikipedia.org/wiki/SCO_v._IBM (cit. 2. března 2011)

žalobce a žádal téměř 20 milionů dolarů, 16. července 2008 soud rozhodl, že SCO musí zaplatit společnosti Novell přes 2, 5 milionu dolarů z titulu bezdůvodného obohacení a poškozování věřitele. Úroky z prodlení a náklady řízení tvoří dalšího 1, 5 milionu. Odvolací soud částku potvrdil, ale zpochybnil vlastnické právo Novellu k částem operačního systému. Přes neúspěšný pokus Novellu obrátit se na Nejvyšší soud se případ dostal před porotu a 30. března rozhodl soudce Ted Stewart, že Novell je opravdu oprávněným držitelem vlastnického práva k součástí programu, které nabyly v dobré víře.²⁷

Nyní se přesuneme do Evropy, konkrétně do sousedního Německa, kde se konečně dočkáme odpovědi na klíčovou otázku. Snažení FOSS aktivistů u našich západních sousedů je spjato se jmény informatika Haralda Welteho a právníka Tilla Jaegera²⁸, zakladatele organizace ifrOSS (Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software, Institut pro právní otázky FOSS). Jejich prvním úspěchem bylo vydání předběžného opatření Zemským soudem v Mnichově, kterým projekt netfilters/iptables (jedním z autorů byl Harald Welte) žádal, aby společnost Sitecom upustila od distribuce routeru, jehož software obsahoval framework licencovaný pod GNU GPL. Návrhu bylo vyhověno, naopak odvolání Sitecomu bylo odmítnuto a společnost musela žalobci zaplatit náklady řízení. V písemném odůvodnění se nechal mnichovský soud zřejmě inspirovat rozsudkem ve věci Jacobsen v. Kratzer (ten se ale netýkal GNU GPL nýbrž starší Artistic License), když prohlásil, že došlo nejen k porušení smlouvy, ale jednání žalovaného porušuje také autorská práva. GNU GPL se tak konečně dočkala soudního potvrzení své existence. Následně začal Harald Welte sbírat podněty ohledně porušování licenčních podmínek a rozhodl se založit webovou stránku, která bude podobné stížnosti monitorovat a zastřešovat. Stránka www.gpl-violations.org tak svým jménem zastupuje zájmy vývojářů, jejichž licencované dílo je užíváno v rozporu s podmínkami GPL. Dalším terčem této iniciativy byla společnost Skype. Ta se porušení GNU GPL dopustila tím, že distribuovala v různých zemích přístroj pro internetovou telefonii SMC WSKP100, který obsahoval Linuxové jádro, aniž by umožnila přístup ke zdrojovému kódu. Po podání žaloby sice Skype začal uvádět odkaz na znění podmínek, ale soud v Mnichově neshledal tento způsob ve shodě s požadavky GNU GPL a www.gpl-violations.org tak byl i v dalším případě úspěšný.

²⁷SCO v. Novell, Wikipedia, dostupné na http://en.wikipedia.org/wiki/SCO_v._Novell (cit. 2. března 2011)

²⁸Jaeger, Till, Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe, *JIPITEC*, Roč. 1, č. 1, str. 34, dostupné na <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-1-2010/2419/dippadm1268746871.43.pdf> (cit. 2. března 2011)

Teprve v roce 2007 se dostalo GNU GPL stejného potvrzení i ve Spojených státech. V případě Erik Andersen a Rob Landley v. Monsoon Multimedia šlo opět o nedostatečnou dostupnost zdrojového kódu a také severoamerický soud konstatoval porušení autorského práva a přisoudil žalobcům náhradu škody a náklady řízení, celkově ve výši zhruba dvou set tisíc dolarů.

Je vidět, že GNU GPL si své místo na slunci přeci jen vybojovala (následovala další vítězství v USA, ale třeba také v Jižní Koreji)²⁹, nyní čekáme na spory, které se objeví v souvislosti s poslední verzí této licence, nejspíše se bude týkat právě těch oblastí, kterých se GNU GPL nově dotýká, tj. obcházení podmínek pomocí patentových dohod či DRM.

5. Perspektiva FOSS

Mohlo by snad dojít k omylu, že svobodný software je doménou hackerů a nevýznamných skupin počítačových odborníků, doufám ale, že shora uvedené příklady (objem investic do operačního systému Linux, lobby proti zavedení patentovatelnosti softwaru v Evropské unii) dokazují, že FOSS rozhodně nelze opomíjet. Ostatně také průzkumy popularity ukazují vzestupnou tendenci užívání FOSS. Linux je druhý nejčastěji používaný operační systém, webový prohlížeč Mozilla Firefox je na svém trhu rovněž dvojkou, servery Apache a databáze MySQL jsou ve svých oborech jasnými lídry.³⁰ Prostý rychlý průzkum v semináři Software law na Právnické fakultě Masarykovy univerzity ukázal to, co globální žebříčky, popularita programů jako Firefox, VLC Player či GIMP je nezanedbatelná. Oblíbený argument výrobců proprietárního software, že FOSS je nespolehlivý a bez technické podpory, dnes naprosto neobstojí, bezpečnost např. Mozilly Firefox není ve srovnání s produktem Microsoftu Internet Explorer o nic horší, ba spíše naopak. Další velkou cílovou skupinou, která se zřejmě dříve či později připojí k uživatelům svobodného softwaru, budou vlády a státní aparát obecně, jisté náznaky (podpora otevřených formátů) lze už vystopovat i v České republice. Právě tento typ „zákazníka“ skýtá pro vývojáře skvělou

²⁹GNU GPL, Wikipedia, dostupné na http://en.wikipedia.org/wiki/GNU_General_Public_License (cit. 2. března 2011)

³⁰Za všechny průzkumy výborný článek Davida Wheelera, Why Open Source Software / Free Software (OSS/FS, FLOSS, or FOSS)? Look at the Numbers!, dostupný na http://www.dwheeler.com/oss_fs_why.html (cit. 2. března 2011)

ekonomickou příležitostí, protože poskytování servisu a technické podpory bude velmi stabilním zdrojem příjmů.

Můj osobní názor je takový, že postupem času (samozřejmě těžko odhadovat, kdy se tomu tak stane) bude proprietární software nahrazen softwarem svobodným, určitě ne v plné míře, ale situace by mohla být zrcadlově obrácená současnému stavu. V této práci popsané výhody budou umocněny tím, že neustále se zdokonalující počítače jsou navíc poprvé v historii obsluhovány velmi gramotnými uživateli, kteří pracují s počítačem od dětství a od kterých lze očekávat vyšší míru požadavků na svobodu při práci s počítačem (současná situace hromadného kriminalizování nemalé části uživatelů, kterou zejména hudební vydavatelství zastírají svou naprosto neschopností vývoje, je trvale neudržitelná). Pokud se tak skutečně stane, tento vývoj s sebou přinese pochopitelně celou řadu úskalí, například zda je vůbec možné, aby si svobodný software svoji svobodu uchoval, když bude užíván v masovém měřítku. S tím souvisí třeba provokativní otázka, co by se stalo, kdyby si FSF nechala GNU GPL patentovat...

Jestliže FSF i OSI podporuje své sympatizanty, aby si za své programy nechali zaplatit, nelze vyloučit ani to, že FOSS může být předmětem stejné počítačové zlaté horečky, jakou svět zažil v 90. letech minulého století. Třeba to pak bude Richard Stallman, který bude moci v jednom ze svých četných projevů konstatovat, že dlouhá léta vládoucí král uvolnil konečně místo svému nástupci.

6. Závěr

Cílem této práce bylo komplexně představit způsoby ochrany počítačových programů a to především právní aspekty, související s čím dál populárnějším svobodným softwarem. Pro jejich demonstraci jsem záměrně zvolil GNU General Public License z toho důvodu, že se jedná o licenci nejrozšířenější, která navíc nejlépe vystihuje základy a výchozí principy FOSS.

Po představení historického vývoje a popsání současných přístupů k ochraně softwaru jsem se pokusil zmapovat myšlenkové konstrukce a východiska dvou zásadních organizací, které do značné míry určují diskurs v pojednávané oblasti. Jejich společným jmenovatelem jsou veřejné softwarové licence, tedy těžiště celé této práce. Jejich právně relevantní vlastnosti jsem pro přehlednost nejprve pouze popsal a následně se věnoval jejich rozboru. Na příkladu GNU GPL jsem se věnoval těm nejkontroverznějším a nejaktuálnějším otázkám, které s sebou tato rozšířená licence přináší, konkrétně byl podroben zkoumání vlastní charakter takového ujednání, tedy zda lze považovat GNU GPL za smlouvu či za licenci, následně byla popsána problematika odpovědnosti za vady počítačového programu a na závěr jsem odpověděl na otázku, zda je GNU GPL vůbec závazná a právně vymahatelná. Odpověď nám vzhledem ke

složitosti tématiky přirozeně dává zatím pouze judikatura, nikoliv zákonodárce.

Na samotný závěr jsem připojil vlastní odhad vývoje situace okolo FOSS v blízké budoucnosti, který zohledňuje i spojené společenské a ekonomické faktory, pro které v předchozí části nebylo ze zjevných důvodů místo.

Literature:

- Aujezdský, Josef, Licence, dostupné na <http://www.root.cz/specialy/licence/pravni-povaha-licencnich-podminek-k-software/> (cit. 11. března 2011)
-
- Aujezdský, Josef, Odpovědnost za vady software, dostupný na <http://www.e-advokacie.cz/cz/clanky/pravo-it/odpovednost-za-vady-software.html> (cit. 1. března 2011)
-
- Berry, David M., Copy, rip, burn, The Politics of Copyleft and Open Source, 2008, Pluto Press
-
- Creative Commons, dostupné na <http://www.creativecommons.cz/zakladni-informace-o-cc/typy-cc-licenci/> (cit. 26. února 2011)
-
- GNU GPL, Wikipedia, dostupné na http://en.wikipedia.org/wiki/GNU_General_Public_License (cit. 2. března 2011)
-
- History of copyright law, Wikipedia, dostupný z http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_copyright_law (cit. 10. února 2011)

-
- <https://help.ubuntu.com/2007m/kubuntu/desktopguide/cs/ln-id2569084.html> (cit. 1. března 2011)
-
- <http://store.apple.com/Catalog/US/Images/MacOS9.htm> (cit. 1. března 2011)
-
- http://www.adobe.com/products/eulas/pdfs/flash_platform_dist_serv_eula_9-1-09.pdf (cit. 1. března 2011)
-
- <http://www.microsoft.com/about/legal/en/us/IntellectualProperty/UseTerms/Default.aspx> (cit. 1. března 2011)
-
- <http://www.root.cz/clanky/microsoft-a-novell-ze-souperu-partnery/> (cit. 24. února 2011)
-
- Jaeger, Till, Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe, JIPITEC, Roč. 1, č. 1, dostupné na <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-1-2010/2419/dippadm1268746871.43.pdf> (cit. 2. března 2011)
-
- Knebl, Ondřej, Šurmanová, Michaela, Odpovědnost za vady software, dostupný na http://pravniradce.ihned.cz/c4-10078260-46529960-F00000_d-odpovednost-za-vady-software (cit. 1. března 2011)
-
- Kumar, Sapna, Enforcing the GNU GPL, Journal of Law, Technology & Policy, University of Illinois, Roč. 2006
-

- Levy, Steven, Hackers, Heroes of the Computer Revolution, dostupné na <http://www.gutenberg.org/ebooks/729>
-
- Lynne Durell, Karen, IP Protection or Computer Software: How Much and What Form is Effective?, International Journal of Law and Information Technology, Roč. 8, č. 3, Oxford University Press 2000
-
- Myška, Matěj, Brána vzdělání otevřena – Open Access workshop, Revue pro právo a technologie, 2011, č. 2, str. 6, dostupné na <http://www.law.muni.cz/content/cs/rpt/obsahy-cisel/>
-
- Nařízení Řím II, dostupné na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:01:CS:HTML> (cit. 22. února 2011)
-
- Nařízení Řím I, dostupné na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:01:CS:HTML> (cit. 22. února 2011)
-
- Open Source Initiative, <http://www.opensource.org/docs/osd> (cit. 19. února 2011)
-
- Projekt GNU <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.cs.html> (cit. 15. února 2011)
-

- SCO v. IBM, Wikipedia, dostupné na http://en.wikipedia.org/wiki/SCO_v._IBM (cit. 2. března 2011)
-
- SCO v. Novell, Wikipedia, dostupné na http://en.wikipedia.org/wiki/SCO_v._Novell (cit. 2. března 2011)
-
- SCO-Linux controversies, Wikipedia, dostupné na http://en.wikipedia.org/wiki/SCO-Linux_controversies (cit. 2. března 2011)
-
- Szattler, Eduard, GPL „Viral“ License or „Viral“ Contract, Masaryk University Journal of Law & Technology, 2007, Roč. 1, č. 1
-
- The European Patent Convention, EPO, přijato 5. 10. 1973. Ustanovení úmluvy dostupné na stránkách Evropského patentového úřadu <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/2010/e/ar52.html> (cit. 10. února 2011)
-
- TRIPS, WTO, přijato 15. 4. 1994, plné znění dostupné na http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm (cit. 10. února 2011)
-
- Wheeler, David, Why Open Source Software / Free Software (OSS/FS, FLOSS, or FOSS)? Look at the Numbers!, dostupný na http://www.dwheeler.com/oss_fs_why.html
-
- Wikipedia, <http://cs.wikipedia.org/wiki/Licence> (cit. 3. března 2011)
-

- Wikipedia,
http://en.wikipedia.org/wiki/Proposed_directive_on_the_patentability_of_computer-implemented_inventions (cit. 10. února 2011)
-
- WIPO Copyright Treaty, WIPO, přijato 20. 12. 1996, plné znění dostupné na http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P56_5626 (cit. 10. února 2011)
-
-

Contact – email
f.horak@gmail.com

PRÁVNÍ OCHRANA OBSAHU WEBOVÝCH STRÁNEK

TOMÁŠ KUBEŠA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita

Tato práce se zaměří na ochranu obsahu webových stránek a využití jednotlivých ochranných institutů autorského práva. Tyto instituty a jejich využití popíše ve specifickém kontextu webových stránek. Pokusí se identifikovat slabá místa stávající hmotněprávní úpravy i problematické aspekty vymáhání autorských práv v předmětné oblasti, tedy se bude zabývat i úpravou procesní. Pokusí se také navrhnout řešení těchto komplikací, zejména v mezinárodním měřítku.

Webová stránka, ochrana textu na webu, ochrana zdrojového kódu, ochrana grafických prvků, phishing

Webpage, online text protection, online source code protection, online graphics protection, phishing

1. ÚVOD

V dnešní době hraje internet velmi výraznou roli nejen v soukromém životě jednotlivců, ale představuje také výrazný prvek ekonomického života celé společnosti. Jednou z jeho významných služeb je také world wide web, tedy služba, v jejímž rámci již existují samotné webové stránky¹.

Jejich samotná existence, obsah a funkce mají značný dopad na celou společnost. Proto je právě jejich obsah nutné důsledně chránit.

Takový úkol však při detailním pohledu naráží na celou řadu problémů a komplikací. Ty nejvýraznější z nich se v této práci pokusím popsat a nalézt způsoby, jak se k nim postavit a jak je řešit.

¹ *About the world wide web [online]. 1992 [cit. 2011-03-09]. W3C Consortium. Dostupné z WWW: <<http://www.w3.org/WWW/>>.*

2. ÚVOD DO PROBLEMATIKY

O webových stránkách² a jejich obsahu nelze psát bez vytyčení patřičného pojmového aparátu a základního popisu jejich funkce.

V běžné komunikaci se často zaměňují pojmy web a internet, takové zjednodušení je ale zcela nepřijatelné. Zatímco internet je velmi rozsáhlý soubor vzájemně propojených počítačových sítí³, web je jen jednou z jeho služeb. Web, jinak označovaný pojmy World wide web nebo zkráceně jen WWW je systém vzájemně propojených hypertextových dokumentů⁴, jež je možné zobrazovat s využitím zvláštního softwarového vybavení (nejčastěji prohlížeče).

Již z této definice webu vyplývá, že jsou pro něj klíčové dva prvky – hypertextové dokumenty a jejich vzájemné propojení. Hypertextové dokumenty, tedy dokumenty, obsahující hypertext, jak už předpona ve slově hypertext napovídá, výrazně obsahově přesahují běžný text. V hypertextovém dokumentu není sdělovaný význam obsažen pouze v samotném textu, ale i v dalších formách sdělení, jakými jsou tabulky, grafické prvky, videa a zvuky. Specifickým znakem hypertextu a dokumentů jej obsahujících je však jejich vzájemné propojení.

Takové rozšíření však znamená, že na hypertextový dokument nelze pohlížet jen jako na obyčejný text, jež právo umí poměrně dobře chránit s využitím institutů zdokonalovaných po staletí. Součástí hypertextu jsou přece i grafické a zvukové prvky, jež požívají ochrany poněkud odlišných právních nástrojů, pokud jsou uváděny mimo hypertext. Samotné propojení jednotlivých hypertextových dokumentů pak má blíže k technickému zařízení než k samotnému textu. Hypertext je pak kombinací všech těchto prvků. Je tedy třeba zajistit, aby se jednotlivé ochranné instituty vzájemně dobře doplňovaly a podporovaly a nevznikaly mezi nimi rozpory a mezery v jejich úpravě. K tomuto účelu je nutné jednotlivé způsoby ochrany popsat a případné nedokonalosti odhalit.

² HORTON, William, et al. *Webpage design cookbook*. New York : John Wiley and sons, 1996. *Introduction*, s. 649.

³ *Internet : The world's first book published on the web (2000) [online]. 2000 [cit. 2011-03-09]. The LivingInternet. Dostupné z WWW: <<http://www.livinginternet.com/i/i.htm>>.*

⁴ *What is Hypertext [online]. 2000 [cit. 2011-03-09]. W3C Consortium. Dostupné z WWW: <<http://www.w3.org/WhatIs.html>>.*

3. OCHRANA TEXTU

Ochrana textového obsahu webových stránek je tím nejzákladnějším kamenem ochrany obsahu webových stránek jako celku. V tomto případě si vystačíme s použitím ochranného institutu v podobě ochrany literárního díla ve smyslu autorského zákona⁵. Text, obsažený na webových stránkách ve sledovaných ohledech nevykazuje žádné odchylky od jiných forem literárních děl.

Nicméně tento institut naráží na problémy při aplikaci.

Problémem prvním je velmi nízká obtížnost narušení tohoto ochranného institutu. Faktický úkon, jímž je text z webové stránky zkopírován a užít jinde bez souhlasu autora je co do provedení velmi jednoduchý, nevyžaduje žádné znalosti nad rámec znalostí běžného uživatele internetu a je velmi rychlý. Uživatelé webové stránky, jež text zkopíroval také nelze při prohlížení webové stránky odlišit od ostatních uživatelů, jež se takového protiprávního jednání nedopustili. Neoprávněně zkopírovaný obsah je také možné velmi rychle zpřístupnit řadě dalších uživatelů. Panuje tady odlišnost od stavu, ve kterém byl institut ochrany literárního díla vyvinut, kdy jediným reálně použitelným způsobem, jak masově zpřístupnit neoprávněně zkopírované autorské dílo, byl prostý přepis, případně přetisk, jež byl náročný na čas, technické vybavení a distribuční kanály. Právě díky těmto prováděcím obtížím bylo neoprávněně kopírování textů nesnadné a snadno odhalitelné.

Tato omezení však v případě webových stránek neplatí. Situace je zde dokonce horší, než v případě distribuce literárních děl počítačovými soubory, jež je možné chránit, omezovat jejich kopírování nebo opatřovat značkami, jež usnadní odhalení subjektu, jež se dopustil narušení práva. Takové prostředky totiž u obsahu webových stránek nemohou být užity.

Jediný způsob, jež může vést k odhalení pachatele předmětného jednání je identifikace subjektu, jež publikuje kopírované literární dílo bez souhlasu autora. Situace je poměrně snadná u obsahu, jež je prezentován na doménách druhého řádu. Tyto domény jsou registrovány na jméno subjektu a informace o této registraci jsou veřejně přístupné ve whois databázi⁶. Zde uvedený subjekt je potom provozovatelem domény a jako takový je zodpovědný za obsah na ní prezentovaný, případně může být výrazně nápomocen při dohledání konkrétního pachatele předmětného protiprávního jednání.

⁵ ČR. *Autorský zákon č. 121/2000. In Sbírka zákonů. 2000, § 2.*

⁶ ICANN [online]. 2011 [cit. 2011-03-09]. Internet Corporation for Assigned names and numbers. Dostupné z WWW: <<http://www.icann.org/>>.

Komplikace však nastávají u domén třetího řádu. Je nezadatelným právem provozovatele domény druhého řádu poskytovat domény řádu třetího. Toto poskytování však mnohdy narůstá do obrovských rozměrů a provozovatel domény druhého řádu poskytne značné množství domén, přes které je zpřístupněno enormní množství obsahu⁷.

Je v zájmu takového poskytovatele požadovat po provozovateli domén třetího řádu identifikační údaje, avšak má minimální možnosti, jak tyto údaje ověřit. Je poměrně častým jevem, že udané identifikační údaje nejsou správné. V případě, že provozovatel takové webové stránky na doméně třetího řádu bude jednat protiprávně, jsou možnosti, jak jej stíhat omezeny tak, jak jsou omezeny možnosti jej identifikovat. Je nutné si uvědomit, že ne vždy lze s úspěchem použít např. identifikaci pomocí IP adresy počítače⁸.

Zodpovědnost provozovatele domény druhého řádu za obsah webových stránek přístupných na jím přidělených doménách třetího řádu je již překonaným konceptem, je jen obtížně realizovatelná.

Druhý problém má původ v samotné podstatě internetu jakožto celosvětové počítačové síti. Je zřejmé, že porušení právní ochrany textu jako literárního díla je snazší postihovat, pokud jsou dotčené subjekty v rámci jednoho státu. Pokud tomu tak není, objevuje se nám mezinárodní spor, jež je vždy poněkud náročnější než spor vnitrostátní. K jeho vedení je tak třeba značného odborného i finančního zázemí a hrozí riziko, že tyto náklady se ani v případě plného úspěchu ve věci nevrátí. Subjekt, jež takovým zázemím nedisponuje nebo není ochoten riskovat ztrátu vložených prostředků je omezen v prosazování svých práv.

Dosud jsem hovořil jen o porušení ochrany literárního díla v rámci internetu. Tuto ochranu je ale možné porušit i tak, že k neoprávněnému zveřejnění dojde mimo internet, tedy s využitím klasických médií – tisku, rozhlasu nebo televize. Zde je situace výrazně jednodušší – obvykle je snadné identifikovat subjekt, jež právo porušil, je možné proti němu vést spor. Obvykle také má majetkové zázemí, na němž je možné zhojit pohledávku na nákladech řízení v případě úspěchu. Situace se tak blíží původnímu stavu, za kterého vznikl ochranný institut díla literárního a vliv specifik internetu je jen malý.

Z výše uvedeného je dle mého názoru zjevné, že stávající způsob ochrany vykazuje značné nedostatky zejména v oblasti reálné prosaditelnosti práva

⁷ *Subdomain [online]. 2011 [cit. 2011-03-09]. Subdomain. Dostupné z WWW: <<http://www.subdomain.net/>>.*

⁸ *What is my IP address [online]. 2011 [cit. 2011-03-09]. What is my IP address. Dostupné z WWW: <<http://whatismyipaddress.com/>>.*

na ochranu literárního díla způsobené obtížnou identifikací subjektů a obtížností mezinárodních sporů. Jedná se tedy spíše o komplikace procesního charakteru.

Řešení těchto komplikací však již funguje v blízkém oboru a dle mého názoru může sloužit jako vzor při vylepšení systému stávajícího. Tímto oborem je Domain dispute settlement, tedy spory z doménových jmen⁹.

Dle mého názoru představuje řešení prosazování unifikované úpravy ochrany literárního obsahu webových stránek v mezinárodním měřítku a řešení odpovídajících sporů před rozhodci WIPO tak, jak je tomu v případě sporů z doménových jmen¹⁰. Je možné očekávat, že takových sporů bude značné množství, což by kladlo značné nároky na rozhodovací činnost těchto rozhodců. Považuji za účelné značně zjednodušit procesní postup. Inspirací budiž například užití formulářů při řízení o Evropském platebním rozkazu, jež poměrně zručně nakládá s problematikou překlady podání širokým užitím formulářů¹¹.

Posledním krokem pak je zjednodušení identifikace procesních stran. K té dle mého názoru poslouží zpřísnění požadavků na identifikaci provozovatelů webových stránek přístupných doménami třetího řádu až do rozsahu, aplikovaného u provozovatelů domén druhého řádu. Je zjevné, že tento krok bude nejproblematictější.

4. OCHRANA GRAFICKÝCH PRVKŮ

Pod pojmem grafické prvky rozumím veškeré stabilní prvky webové stránky, jež sdělují informace jinou formou, než formou textu. Do této kategorie tak spadají nejenom fotografie, ale i jiný obrazový materiál nebo samotné grafické ztvárnění webové stránky, její design.

U prvků obrazových nenacházíme žádných nezvyklých komplikací. Je u nich obvykle jednoznačný autor, jemuž svědčí autorská práva. K dalšímu užití je potom nutný jeho souhlas. Výjimku z tohoto pravidla představuje využití pro zpravodajské, vzdělávací a další účely, jak je rozeznává autorský

⁹ *Domain Dispute Resolution [online]. 2011 [cit. 2011-03-09]. ICANN. Dostupné z WWW: <<http://www.icann.org/en/dispute-resolution/>>.*

¹⁰ *Arbitration and Mediation center [online]. 2011 [cit. 2011-03-09]. WIPO. Dostupné z WWW: <<http://www.wipo.int/amc/en/>>.*

¹¹ *Evropská Unie. Nařízení ES o evropském platebním rozkazu 1896/2006. In Úřední věstník ES. 2006, 1896.*

zákon¹². Problematický moment přináší pouze režim dalšího užití v různých právních rádech. Přístupnost webových stránek obvykle není teritoriálně omezena. Jsou tedy, včetně veškerého obsahu, přístupné stejně v zemích s různým rozsahem možností užití tohoto materiálu bez nutnosti získávat souhlas autora. Jak autor, tak i uživatel poté dodržují svůj právní řád, avšak jejich zájmy jsou přesto protichůdné. Zde je třeba jednoznačně určit, který právní řád se aplikuje na webovou stránku. Postup tohoto určení je však již poměrně ujasněn a zjištění takového právního řádu je poměrně jednoznačné.

Situace však není tak zřejmá, pokud budeme hovořit o designu webových stránek.

Design je prvkem čistě grafickým, avšak je tomu tak jen zdánlivě. Drtivá většina vzhledu webových stránek, rozložení jednotlivých prvků a dokonce i jejich barvy je určena odlišně, než je tomu u klasických grafických děl. V případě webu jsou určeny nikoliv tvorbou autora za přímého užití barev, ale prostřednictvím specifického programovacího jazyka.

Design webové stránky v sobě tak spojuje nejen prvek ryze grafický, ale také počítačový program. Toto spojení je jednotné, neoddělitelné a trvalé a to po celou dobu, kdy se pohybujeme v oblasti webových stránek. Nicméně počítačový program je chráněn jako dílo literární a grafické dílo požívá také svého vlastního ochranného institutu. Není přitom možné určit, který institut bude nadřazen.

Situaci dále komplikuje reálný způsob tvorby webových stránek. Často se používají vzory nebo dokonce frameworky¹³. Užití frameworků a vzorů přináší celou řadu právních problémů. Mnohdy udávají strukturu celého webu, do značné míry utvářejí jeho vzhled a funkci. Jsou však výtvorem jiného autora nebo autorů, mnohdy mají velmi volně určené spektrum možných užití. Požívají však stále autorskoprávní ochrany.

Vzniká tedy hned několik konfliktních situací. Konflikt první vzniká mezi pojetím designu webové stránky jakožto díla výtvarného a počítačového programu. Zatímco do díla výtvarného není možné zásadně zasahovat bez svolení autora, do počítačového programu toto možné je¹⁴. Jak je uvedeno

¹² Česká republika. Autorský zákon č. 121/2000. In *Sbírka zákonů*. 2000, § 34.

¹³ *Software framework*. In *Wikipedia : the free encyclopedia [online]*. St. Petersburg (Florida) : Wikipedia Foundation, , last modified on 7. 3. 2011 [cit. 2011-03-09]. Dostupné z WWW: <http://en.wikipedia.org/wiki/Software_framework>.

¹⁴ Česká republika. Autorský zákon č. 121/2000. In *Sbírka zákonů*. 2000, § 66.

výše, design webové stránky splňuje podmínky pro ochranu oběma instituty, avšak mezi nimi vzniká rozpor. Konflikt druhý potom nacházím ve využití frameworků. Je otázkou, zda-li využití frameworku zakládá vztah spoluautorů nebo jestli se jedná o nutnou úpravu počítačového programu nutnou pro jeho funkci. Dle mého názoru opět jsou splněny podmínky pro podřazení oběma ochranným institutům.

Řešení těchto konfliktů není jednoduché. Dle mého názoru je možné konflikt první řešit přiznáním co největších možností ochrany autorovi designu webu. Tento standard ochrany dle mého názoru představuje ochrana s využitím institutu ochrany výtvarného díla. Tento institut téměř zapovídá zásahy do předmětu díla a s výjimkou několika málo zákonem uvedených případů ponechává zásadní otázky dispozice s dílem v rukou autora¹⁵. I z podstaty a funkce webové stránky a jejího designu toto má opodstatnění. Pokud bychom přiznali standard nižší a umožnili pohlížet na design webové stránky jako na prostý počítačový program, umožnili bychom dalším subjektům jeho úpravy pro plnění potřeb, pro jaké bylo toto dílo pořízeno. Umožnili bychom tedy subjektům jiným než autorovi do díla zasahovat, například provádět aktualizace, drobné úpravy a podobně. Zde však snadno může dojít k narušení celkového vyznění designu webové stránky, na který nebude mít jeho autor vliv. Pokud necháme právo změn na díle pouze v rukou autora, je možné takovým negativním vlivům na dílo zabránit.

Je ovšem více než možné, že autor díla odmítne změny provést, ikdyž jsou technicky možné, ať už z jakéhokoliv důvodu. Pak by ovšem při důsledném lpění na výše uvedeném nebylo možné provést na díle změny, to by neplnilo svou funkci.

V případě potřeby drobných změn, jež nenarušují celkové vyznění díla (tedy designu webové stránky) a jsou nutné k plnění její funkce, navrhuji umožnit provedení změny i jinému subjektu než je autor, pokud autor sám odmítne provést takové změny a tyto jsou technicky možné.

Řešení druhého konfliktu potom vidím v příklonu k pohledu na vzory, frameworky a další „polotovary“ jako na počítačové programy. Už jejich samotným smyslem a účelem je sloužit jako podklad pro tvorbu dalších děl, ze své podstaty jsou tedy určeny k přetváření, úpravám a začlenění do dalších děl jiných autorů. Přiklánět se k poměrně striktnímu institutu spoluautorství autora frameworku a výsledného díla se tak jeví poněkud neúčelné¹⁶. Navrhuji se naopak přiklonit k variantě počítačového programu.

¹⁵ Česká republika. *Autorský zákon č. 121/2000. In Sbíрка zákonů. 2000, § 11 odst. 3.*

¹⁶ Česká republika. *Autorský zákon č. 121/2000. In Sbíрка zákonů. 2000, § 8.*

Zde navíc navrhuji akcentovat důraz na možnost úprav počítačového programu. Argumentem pro toto tvrzení budiž i skutečnost, že frameworky, vzory a podobné pomocné nástroje pro tvorbu webových stránek jsou mnohdy tvořeny po dlouhou dobu velkou skupinou autorů s relativně malým individuálním přínosem, původem z různých zemí a tedy řídicími se různými právními řády. Považovat takto rozsáhlé skupiny autorů a spolutvůrců za spoluautory dalších děl, kde je jejich dílo použito, je přinejmenším neobratné a přináší celou řadu problémových momentů. Příklonem k počítačovému programu s širokými možnostmi úprav tak bude naplněna funkce a účel frameworku.

Stále se však nelze zbavit problému, souvisejícího s mezinárodní přístupností díla a tedy s rozdílností právního řádu uživatelů webové stránky. Takový problém je možno řešit ukotvením webové stránky v prostoru k jedinému právnímu řádu, jež se bude vztahovat na její obsah bez ohledu na původ uživatele této stránky. Je zřejmé, že poměrně nízké možnosti a velká omezení, jak vymáhat právo autora designu webových stránek na internetu v mezinárodních sporech jsou výzvy, jež se ani v této práci vyřešit nepodaří.

Možným směrem, kterým se lze při řešení ubírat je dle mého názoru opět využití mezinárodní organizace WIPO. Pokud si uvědomíme, že za snahou zneužít výsledky cizí autorské práce je mnohdy vidina ekonomického prospěchu, je použitelný právní nástroj již téměř na dosah ruky. Opět navrhuji využít rozhodčí řízení před WIPO, jehož účastníky bude autor nebo správce jeho práv na straně jedné a provozovatel webové stránky, jež domněle zneužívá jeho díla na straně druhé. Pokud se v řízení před rozhodci podaří prokázat, že došlo ke zneužití autorova díla jiným subjektem, je nejjednodušším řešením postihnout provozovatele takové webové stránky. K tomu je možno využít samotnou přidělenou a registrovanou adresu této stránky. Zneužívající provozovatel tak dále nebude zpřístupňovat webovou stránku, porušující autorské právo a nebude z tohoto ani mít ekonomický prospěch. Jeho motivace přestat zneužívat autorovo dílo bude značná. Takový závěr rozhodců WIPO bude následně možné využít v dalším sporu o náhradu škody a další. Je zjevné, že procesní náležitosti takového sporu není možné zcela převzít z jiných řízení, vedených před rozhodci WIPO, zejména pokud jde o způsob určení rozhodců a jejich počet. Takový proces by byl velmi náročný a nákladný, což by konstituovalo jistou nákladovou bariéru pro autory, která by bránila domáhat se jejich práv. Naopak, počet rozhodců navrhuji nízký (ideálně jen jeden), řízení co nejjednodušší, s využitím elektronických doručovacích prostředků a formulářů, jaké známe např. z řízení o Evropském platebním rozkazu.

Ani tento postup však neřeší situaci u provozovatelů domén třetího řádu a u webových stránek, jejichž účel není možné přímo převádět na ekonomický prospěch. Je zjevné, že spoléhat se na klasické soudní řízení však není příliš obratné. Pokud se budeme zabývat jak řízením samotným, tak i jeho

následným výkonem zjistíme, že neposkytuje příliš velký standart ochrany autorského práva.

5. KÓD WEBOVÉ STRÁNKY

Pod tento pojem hodlám zařadit veškeré prvky webové stránky, jež mají vliv na její funkci, propojení jednotlivých hypertextových dokumentů, funkci jednotlivých jejích částí a libovolné další prvky, jež mají vliv na výsledný vzhled a funkci webové stránky, aniž by se jednalo přímo o prvky textové nebo grafické¹⁷.

Bude sem tak patřit například struktura webové stránky, její zdrojový kód, použití i kód jednotlivých interaktivních prvků a formulářů.

U takto určených prvků narážíme na jistý problém, spočívající v samotné povaze webové stránky. Značkovací jazyky i další nástroje, užívané při tvorbě webových stránek nabízejí poměrně omezený počet způsobů, jak dosáhnout sledovaného účelu. Pokud tedy začneme jednotlivá použitá řešení autorsky chránit a znemožníme nebo znesnadníme tak jejich použití dalším tvůrcům, dojde velmi brzy k vyčerpání všech možností, jak potřebného účelu dosáhnout.

Na druhou stranu je právě kód webové stránky jejím významným prvkem, zajišťuje její bezchybnou funkci, k jeho tvorbě je nezbytné značné množství specifických znalostí a osobního přínosu autora. Splňuje tedy všechna kritéria k tomu, aby byl chráněn v plném rozsahu.

V tomto případě dle mého názoru nelze než se přiklonit ke všeobecnému zájmu na tvorbě webových stránek a poněkud tím omezit ochranu autorských děl v této oblasti na ty nejzjevnější případy, kdy je možno výrazně omezit pochybnosti o tom, že došlo k prostému zkopírování rozsáhlých částí kódu webové stránky a jejich neoprávněnému užití. Pro toto řešení navíc hovoří jistá komplikovanost dokazování menších narušení práv autorů, daná poněkud omezenými vyjadřovacími možnostmi užívaných nástrojů tvorby webu.

V případě struktury webové stránky je situace ještě zjevnější. Pokud se podíváme na současné webové stránky, nelze než dojít k názoru, že míra podobnosti jejich struktury a způsob propojení jednotlivých hypertextových dokumentů je velmi vysoká. Možnosti inovace v této oblasti jsou pravděpodobně vyčerpány, současný model je široce užíván a lze říci, že ochrana struktury webové stránky je tedy neúčelná.

¹⁷ *Authoring tool accesibility guidelines 1.0 [online]. 2000 [cit. 2011-03-09]. W3C Consorciun. Dostupné z WWW: <<http://www.w3.org/TR/ATAG10/>>.*

Ochrana jednotlivých prvků webové stránky, jako jsou formuláře, textová pole, tabulky a podobné interaktivní prvky potom nejeví příliš mnoho odlišností od předchozích prvků webové stránky. Jsou široce užívány, existuje jen omezené množství způsobů, jak je vytvořit, snad všechny jsou pak široce užívány. Snažit se tak zjistit, kdo je autorem takového prvku a následně jeho dílu poskytovat ochranu a bránit dalšímu využití je poněkud neúčelné, aspoň v běžných případech.

Situace je však zcela odlišná u komplikovanějších prvků, jako jsou rezervační systémy, komplexní aplikace e-shopů a prvky svou složitostí jim podobné. Zde je zjevné, že míra osobního přínosu autora je značná, ekonomická hodnota takového díla taktéž a je poměrně snadné jej odlišit od děl jiných autorů. Přiznání ochrany takovému dílu jako počítačovému programu je tak zcela na místě. Stále zůstává problém s mezinárodním vymáháním autorského práva v případě, že dojde ke zneužití takového díla. V řešení sporu z této situace navrhuji obrátit se na způsob řešení, uvedený již dříve v této práci, tedy rozhodčí řízení před WIPO, vedoucí k znemožnění přístupu k webu, jež autorské právo porušuje. U prvků takto značného rozsahu a této funkce je zjevné, že jejich zneužitím je sledován ekonomický prospěch a právě zneprístupnění tohoto prvku zabrání získání ekonomického prospěchu spočívajícím na zneužití autorského práva. Subjektu zneužívajícímu autorské právo v případě použití tohoto řešení se omezuje významný prvek motivace právo autora porušit.

6. ZNEUŽITÍ CELÉHO OBSAHU WEBOVÉ STRÁNKY

V předchozích kapitolách jsem se zabýval pouze ochranou jednotlivých částí a prvků webové stránky a jejich zneužitím. V této kapitole se však budu zabývat zneužitím obsahu webové stránky jako celku. Účelem takového zneužití je snaha subjektu vydávat se za provozovatele jiné webové stránky tím, že napodobí vzhled i funkci jeho webové stránky. Účelem takové snahy je opět získání ekonomického prospěchu. K tomuto cíli může být použito hned několik prostředků, metod a způsobů.

Poměrně častá je snaha způsobit záměnu dotčených webových stránek. Provozovatel takové „kopie“ pak těží z dobrého jména původní webové stránky.

Cílem takového napodobení se stávají e-shopy, případně jiné webové stránky nabízející zboží a služby. Na kopii webové stránky jsou pak nabízeny produkty jiných výrobců, produkty padělané nebo nižší kvality. Tento čin porušuje nejen právo autorské, ale mnohdy i práva další, např. právo na ochranu obchodní firmy a podobně.

Poněkud nebezpečnější metodou, jež pod tuto kategorii taktéž spadá, je tzv. phishing¹⁸. Tato metoda je charakterizována snahou získat od uživatele důvěrné informace, jako přihlašovací údaje k bankovním účtům, případně jiným službám, jež nejsou bez těchto údajů přístupné. Napodobená webová stránka je potom klíčovým prvkem celého procesu, vedoucího k získání těchto údajů.

Tento proces začíná rozesláním e-mailové zprávy, ve které se subjekt pokouší vyvolat zdání, že zastupuje společnost, u níž má uživatel zřizenu službu, ke které chce získat přihlašovací údaje. Pod různými záminkami v takové zprávě nabádá k návštěvě webové stránky, která je kopií skutečného webu poskytovatele služby a zadání přihlašovacích údajů. Zdařilost takové podvržené stránky je pak klíčovým prvkem, jež rozhoduje o úspěchu této metody.

Je zjevné, že tato metoda nezasahuje pouze do práva autorského, ale také do práva trestního, můžeme zde hovořit o podvodu. Přesto ani autorskoprávní rozměr celého problému nelze zanedbat.

Řešením problému je nejen postup v oblasti práva trestního, ale i prevence a informování subjektů, jichž se tato metoda může dotknout o předmětném riziku, o přístupu k získávání přihlašovacích údajů poskytovatelem služby a provozovatelem webové stránky a samozřejmě mezinárodní spolupráce v celé věci.

7. ZÁVĚR

Cílem této práce bylo popsat jednotlivé možnosti ochrany obsah webových stránek a najít rizika, na která tyto možnosti naráží. Webovou stránku jsem pro tyto účely rozdělil na několik prvků, jež sdílejí podobné charakteristiky a je pro ně možné použít stejné ochranné instituty. Při tomto popisu jsem narazil na celou řadu problematických momentů, jež jsem se pokusil vyřešit s důrazem na rychlost, jednoduchost a efektivitu řešení. Tyto snahy jsou však výrazně limitovány minimální teritoriální omezeností přístupnosti webových stránek. Jde však převážně o omezení procesního charakteru, jež je dle mého názoru možné překonat s využitím stávajících mezinárodních organizací a metod, postupů a principů, jež při své činnosti dlouhodobě využívají. Tyto komplikace tak nelze označit za nepřekonatelné.

There is a place for the contribution. You are allowed to use the defined styles for forming only.

¹⁸ JAMES, Lance; MOUDRÝ, Lubomír. *Phishing bez záhad*. 1. vyd. Praha : Grada, 2007. 281 s

Literature:

- JAMES, Lance; MOUDRÝ, Lubomír. Phishing bez záhad. 1. vyd. Praha : Grada, 2007. 281 s
- Authoring tool accesibility guidelines 1.0 [online]. 2000 [cit. 2011-03-09]. W3C Consortium. Dostupné z WWW: <<http://www.w3.org/TR/ATAG10/>>.
- Česká republika. Autorský zákon č. 121/2000. In Sbírka zákonů. 2000.
- Wikipedia. Dostupný z <http://www.wikipedia.org/>.
- Evropská Unie. Nařízení ES o evropském platebním rozkazu 1896/2006. In Úřední věstník ES. 2006, 1896.
- Arbitration and Mediation center [online]. 2011 [cit. 2011-03-09]. WIPO. Dostupné z WWW: <<http://www.wipo.int/amc/en/>>.
- Domain Dispute Resolution [online]. 2011 [cit. 2011-03-09]. ICANN. Dostupné z WWW: <<http://www.icann.org/en/dispute-resolution/>>.
- What is my IP address [online]. 2011 [cit. 2011-03-09]. What is my IP address. Dostupné z WWW: <<http://whatismyipaddress.com/>>.
- Subdomain [online]. 2011 [cit. 2011-03-09]. Subdomain. Dostupné z WWW: <<http://www.subdomain.net/>>.
- ICANN [online]. 2011 [cit. 2011-03-09]. Internet Corporation for Assigned names and numbers. Dostupné z WWW: <<http://www.icann.org/>>.
- What is Hypertext [online]. 2000 [cit. 2011-03-09]. W3C Consortium. Dostupné z WWW: <<http://www.w3.org/WhatIs.html>>.
- Internet : The world's first book published on the web (2000) [online]. 2000 [cit. 2011-03-09]. The LivingInternet. Dostupné z WWW: <<http://www.livinginternet.com/i/i.htm>>.
- HORTON, William, et al. Webpage design cookbook. New York : John Wiley and sons, 1996. Introduction, s. 649.

- Author, M. et al: Name, Town: publisher, year of publishing, number of pages, ISBN

Contact – email
257647@mail.muni.cz

THE LEGAL REGULATION OF USING MODERN IT TECHNOLOGIES IN ELECTIONS IN RUSSIAN FEDERATION

MARMILOVA EKATERINA

Faculty of national history Astrakhan State University Russian Federation

Abstract in original language

Nowadays information technology applied in all spheres of society, including the electoral law. Gone are the days when papers and reports delivered by the deer. But talk of a stable and perfect the use of modern information technologies election is still too early. In this paper (article), we consider the legal aspects of information technology in the Slovak Republic and the Russian Federation.

Key words in original language

electoral law, IT-technology, election technology.

Abstract

Nowadays information technology applied in all spheres of society, including the electoral law. Gone are the days when papers and reports delivered by the deer. But talk of a stable and perfect the use of modern information technologies election is still too early. In this paper (article), we consider the legal aspects of information technology in the Slovak Republic and the Russian Federation.

Key words

electoral law, IT-technology, election technology

Currently, the concept of «election technology» is used as the definition of action research of the political market, studying the behavior of voters and influencing them with a view to winning candidates. However, this view shows the view of electoral technologies only by the parties to the election campaign, candidates and their staff, narrowing the broad concept of election technology to the private - technologies of campaigning.

Meanwhile, the electoral technologies include a full range of strategies, resources, actions, interactions, events and factors that influence the electoral process by the various participants. Legal, social, political, socio-cultural environment of the electoral process flow defines the format and context of the electoral process, and is also one of the elements that must be considered in organizing the elections.

«Improvement of the electoral technologies allows influence both the actors involved in the electoral process and the environment in which it occurs that generally increases its efficiency, manageability and transparency for the

participants»[1]. In the XXI century - the century of the information society - there is a global information development, which every year is only strengthened. Today, information technologies are having an impact not only on data processing, but also the way the work of people, product, and natural of competition. Information in many organizations is becoming a key resource, and information processing - a matter of strategic importance. Most organizations can not compete until the offer its clients a level of service that is only possible with systems based on high technology.

In the Slovak Republic, pursuant to § 27 of the Law «On elections to the National Rada of the Slovak Republic» № 333/2004 may apply the following methods of voting: 1) the voter may vote in the Slovak Republic, 2) outside the territory of the Slovak Republic, the voter can vote by mail, 3) You can vote by mail. However, voting by mail does not apply to presidential elections in the Slovak Republic. According to, § 23 «On elections to the European Parliament» № 331/2003, § 21 of the Law «On the method of election of the President of the Slovak Republic, the Popular vote and his appeals and amendments to some Acts» № 333/2004 establishes the right of the voter to vote in person. Thus, voting by mail is impossible.

More information about the mode of voting by mail is contained in §§ 34-35 of the Law «On elections to the National Rada of the Slovak Republic» № 333/2004. In particular, the Act says about the two groups of citizens.

The first group of citizens - the voters who have permanent residence and do not reside in the Slovak Republic, who were enrolled in a special list of voters in accordance with § 10. This group of voters should receive an envelope with the slogan «POST» from the Municipality of Bratislava-Petržalka not later than 35 days prior to voting on your postal address. The envelope should be a ballot, return envelope and recommendations on the ballot.

The second group of citizens - it is citizens who have permanent residence in the Slovak Republic, but on election day living abroad. Voters who have permanent residence in the Slovak Republic and on election day, remain outside its territory may apply in writing to the municipality of residence on the election by mail. The request must be received no later than 50 days before voting day. The city is sending to voters not later than 35 days before voting day, an envelope at his residence at abroad.

Processing of statistical data, according to § 13 paragraph 9 of the Law «On elections to the National Rada of the Slovak Republic» № 333/2004, assigned to the Statistical Office of the Slovak Republic. This Office prepares and processes the results of the elections, members of professional management personnel take the oath in the manner provided in paragraph 6 of the Act.

In 2011 Russia will hold elections to the State Duma, and double-pass "a single day of voting, when the regions will be elected by local parliaments and municipal governments. And at the end of the year officially starts on the presidential campaign. Consider the use of information technology concern to Russian society. In this regard, in January 2011 in the Tauride Palace in St. Petersburg, at the headquarters of the CIS Interparliamentary Assembly, passed the International scientific-practical conference «The international electoral standards and the national electoral system: the relationship of development». In the Russian Federation to actively apply modern information technology. Election Day is the hottest season for the Central Election Commission. The scale is hard to imagine: a huge space in the country, multi-tiered system of government, voting 83 subjects of the Russian Federation, more than 109 million voters from the Arctic Ocean to the Caucasus Mountains. Today, however, handling such a large number of electoral data feasible task for the Central Election Commission. The task of «Election system» to give opportunity to every Russian of his citizenship. Data processing is possible thanks to the State Automated System of the Russian Federation «Election» - the state automated information system designed to automate the electoral actions.

The decision to create the GAS «Elections» has been adopted by presidential decree in August 1994 («On the development and establishment of the State Automated System of the Russian Federation «Election»). General contracting system - the Central Election Commission of the Russian Federation. The representative of the customer - the Federal Center of Information under the CEC of Russia. The system was created at the Scientific Research Institute «Sunrise» (Research Institute «Sunrise»). Efforts to upgrade the ASG «Election», headed by NII Voskhod were involved in such companies as CRIC, Inc., Rosnet, Informzaschita, Insoft, AND Project in close cooperation with representatives of major international companies HP, Oracle, Cisco Systems. The first use of the system on a national scale was made in December 1995. Second of all GAS «Elections» Research Institute developed a «Sunrise» by order of the CEC of Russia and the FCI under the CEC of Russia in 2003. In 2004, ASG «Election» re-passed the state acceptance trials.

System «Elections» - a unique, given the geographic and demographic factors of modern Russia, geographically distributed system of state-level. It allows to solve problems of organizing the electoral process at all stages - planning for elections, voter registration, input the information about candidates, voting, summing-up and subsequent statistical processing of results. In addition, the system incorporated features harmonizing the work of electoral commissions at different levels - virtually in real time to sum up the vote and with the help of maps and the Internet to bring them to every citizen of Russia. «The number of registered in the ASG «Elections» candidates can not exceed 65535» [2].

In Russia, the voting being tested and other electoral information technology. Citizens can vote using the card with a unique bar code, the voter can send SMS from your mobile phone or express their will on the internet. Already been used in the voting optical scanners, installed an optimized post of chairman of the election commission in the Ryazan region of Russia.

Vote with a unique card with a bar code can be only one time and at your polling place. Card is applied to the luminous display, the voter can see a list of electronic newsletters, and can click «yes», then get a receipt for voting. The voter has consistently can choose a candidate, party, may confirm or cancel your selection. A similar experience with a bank card in the election is the United States, Britain and the United Kingdom.

Interest in foreign countries to «paperless voting» explains the tendency of every day more and more information technology in all spheres of society.

In his message to Russian President mentions «technical re-equipment of the electoral system in Russia». Such re-divided into three sections: 1) at fixed sites you want to set the scan technique, 2) use of the possibility of using electronic remote voting, and 3) the development of electronic transmission of information.

The electronic transmission of information in Russia is already used orbital system «messenger». Such a system represents a low-orbit spacecraft and small-sized systems on Earth. System «messenger» is used by military and civilian. By 2012, planned to increase the number of satellites to 24. System «messenger» is used in Antarctica, where winter is usually between 100 and 300 polar explorers. This system allows you to send SMS messages to the Internet. Russian citizens can vote and in Antarctica. Thus, Russia has the Internet at the South Polis.

For Russian astronauts to vote on the connection it habitual. On election day on the ISS is considered to be weekends. In space, as the secret ballot. It is carried out through «trustee». Trustee to know the opinion of the voter and the voting paper. Trustee - is necessarily an astronaut who has an idea of the situation on board. The system of voting by proxy, worked out in detail. If you go completely on information technology, the use of trustee from voting is eliminated.

Since 2008, Russia carried out an experiment on the use of «messenger». In Siberia, the Bratsk district in the village Kuznetsovka October 11, 2009 residents of the district elected deputies of the Duma. Elections were conducted with the help of space technologies. In the village Kuznetsovka brought a communication system consisting of a laptop, modem, satellite dish, installed in a polling station. After elections were held, the data has been successfully entered, and after several minutes had already been

delivered to the CEC in Moscow. However, until all the protocols will not be delivered to Moscow, the elections are considered preliminary.

Ahead of road crossings and a long way to transport. Here comes to the aid navigation system «GLONASS/GPS». This system allows you to find CEC location of the car with the protocols of the election. In 2009, the CEC and the Federal Space Agency signed the agreement. Under this agreement, by 2011 in the «GLONASS/GPS» 29 satellites will be used. If you have any freelance situations include a device seen by satellites, so that CEC will know where the car with the protocols. If you use all the latest information technology, you can save up to ¼ of all expenditures on federal elections. System «GLONASS / GPS» interested in more than 25 countries. It competes with the American system of «GPS». System «GLONASS/GPS» apply not only in Russia but also in CIS countries. These navigators in the future may be elderly and children not to be lost. Navigators are already widely used Emergency, ambulance, police. From 1 April 2011 issued a decree «On the use of global navigation satellite system GLONASS for socio-economic development of the Russian Federation».

To improve election technology in the Russian Federation created the Russian Center for Training in Election Technologies (RSEIT) at the CEC of the Russian Federation. In the development and implementation of information technology to election duties of the center include:

- 1) introduction of modern information technologies (analysis of the practice of introduction of modern polling technology, namely the introduction of electronic voting, voting by Internet or mobile communication)
- 2) advocacy of election commissions, which allows you to format the process of informing citizens about the elections, including election commissions of Subjects of the Russian Federation between local (regional and local) election campaigns,
- 3) monitoring studies the media, they can consider the impact of media stories on the will of the voters, and to identify the development of their legal culture
- 4) The electoral case studies represent a study in the field of electoral law and procedure, investigation and analysis of citizens' electoral preferences and trends.

In the legal framework of informalization of the electoral process consists of the following federal laws:

- Federal Law of 27.07.2006 № 149-FZ «On Information, Information Technology and Information Security»;
- Federal Law of 27.07.2006 № 152-FZ «On personal data»;

- Federal Law of 10.01.2002 № 1-FZ «On electronic digital signature»;

- Federal Law of 27.12.2002 № 184-FZ «On technical regulation».

In addition, the application of information technology directly prescribed in the very election laws:

Federal Constitutional Law «On referendum in the Russian Federation» dated October 10, 1995 № 2-FKZ,

Federal Law «On appealing to the court actions and decisions, violating rights and freedoms of citizens» from April 27, 1993 № 4866-1,

Federal Law «On Basic Guarantees of Electoral Rights and the right to participate in the referendum of the citizens of the Russian Federation» dated 12 June 2002 N 67-FZ

Federal Law «On elections of President of the Russian Federation» dated January 10, 2003 № 19-FZ Federal Law «On elections to the State Duma of the Federal Assembly» on May 18, 2005 FZ-51 and others.

In addition there are various regulations - regulations of the Russian government, Presidential Decree, departmental acts and technical standards (GOST R 50922-96. «Information Security. The system of standards. General Provisions»), a variety of technical tasks for the development of specific software products and etc.

Legal responsibility for an offense in the information environment is divided into civil, legal and administrative and criminal law. «When you make changes and amendments to the laws is also required to conduct an analysis of judicial practice for each type of liability»[3].

Nowadays information technology applied in all spheres of society, including the electoral law. Gone are the days when papers and reports delivered by the deer. But talk of a stable and perfect the use of modern information technologies election is still too early. Firstly, because the very information law in the context of the electoral system in Russia has yet developed, through the stage of formation. Secondly, by themselves information polling technology requires effective legal regulation in the form of an adequate regulatory framework. Thirdly, the application of information technologies has led to the election a number of pressing issues for society:

-Information security data on voters

-The principle of secret voting,

- Authenticity of documents, namely the problem of the legitimacy of electronic documents
- Training of specialists in the field of IT-technology and law,
- Retraining members of electoral commissions,
- Prepare the population for the use of information technologies election
- Formation mechanisms for the protection of electoral rights of citizens in terms of electoral information technologies, such as consolidation in the legal procedure to appeal the election results during the Internet voting, etc.

Fourth, legal specialists and IT-technologies should have an idea about the main problems and prospects of the election law in the context of information technology, participate in the formulation of public policy that addresses information security at all stages of the elections from the State should make arrangements for improve the situation in this matter.

Thus, we examined the legal aspects of information technology in the Slovak Republic and the Russian Federation. There are views of the wider application of information technology, but as long as they are not enshrined in law. Foreign observers worried about electronic voting.

Currently, election laws are not fully secured mechanisms for the use of modern information technologies, such as during the election period and beyond it. Information technologies are being introduced in the electoral process, but not yet sufficiently developed.

Literature:

- ASG elections http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%93%D0%90%D0%A1_%D0%92%D1%8B%D0%B1%D0%BE%D1%80%D1%8B, access free
- Electoral technologies. http://www.rcoit.ru/election_tech/ (electronic resource), access free
- Catchers DA, Chubukov SG Information law: conceptual and didactic aspects. <http://viperson.ru/wind.php?ID=471358> (electronic resource), access free

Contact – email

ekaterina.marmilova@gmail.com

CYBERSQUATTING AND RESOLVING OF DOMAIN NAME DISPUTES IN POLAND

KATARZYNA WIŚNIEWSKA

Faculty of Law and Administration, Adama Mickiewicz University, Poland

Abstract in original language

Cybersquatting is a form of law infringement occurring nowadays on the Internet. It happens when someone is registering, selling or using an internet domain name incorporating someone else's trademark in order to block the domain and with the intent of gaining profits from it. When the domain name is identical or similar to a trademark used by another person or entity, trademark owner may file a claim in arbitration against whoever registered the domain name to cease the infringement.

Key words in original language

cybersquatting, domain name, trade mark, arbitration

In the last decades we can observe a global cultural, economic and legal integration which is affected by introduction of various innovations. The increased use of new technological developments such as the Internet and various internet services has not only accelerated the process of globalization and enabled a development of a constant and rapid integration beyond boundaries, but has also caused a growing interest in legal issues related to the global network. Nowadays one of the most popular matter, apart from copyright law or network security regulations, is that of legal aspects of internet domain names.

The development of computer science and mostly easy access to the Internet has significantly influenced the commerce all around the world, opened up new markets etc., but simultaneously 'enabled' committing infringements, e.g. in the field of industrial property rights as well as personal rights, copyrights, trademarks (registered and unregistered ones), company names etc.

Today it is hard to find a sector not influenced by the Internet. An Internet address seems to be one of the most important and frequently used tools on the Internet¹. Possessing an own place on the Internet – a unique internet address seems to be an indispensable condition for an online activity of an entrepreneur (not only for those entrepreneurs, whose business is strictly

¹ See Ożegalska-Trybalska J., *Adresy internetowe. Zagadnienia cywilnoprawne*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej, Kraków: Zakamycze 2003, vol. 84, p.449, ISSN 0137-236X.

connected with the Internet or even based on it² but also for those starting a company). It has become one of the fundamental and basic elements of a company's image. An internet address plays a role of an online business card which enables to localize the company and supports its commercial activity. A domain name registration is nowadays one of the first steps taken by entrepreneurs entering the market or intending to introduce e-commerce to their regular business activity. In order to obtain such an address it is necessary to register, usually after paying a specific fee³, a particular name (any word in principle).

An internet address which is also called an internet domain (or simply a domain) serves to identify particular computers on the Internet⁴. Every computer connected to the Internet has a unique 32-bit numeric address (known as an IP address – an Internet Protocol address) written as four numbers separated by periods, where each number can be zero to 255⁵. An example of a valid IP address could be 64.90.50.50 or 193.1.0.15. In order to facilitate remembering such a string of numbers, every numeric address is replaced by domain name. Domain names are assigned on a 'first come, first served' basis⁶ which is a consequence of numerical system features and which means that only one specific domain configuration of domain name can be registered⁷. In the Republic of Poland the national registry of internet names with the .pl domain is administered by NASK (the abbreviation stands for Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa which can be translated as the Research and Academic Computer Network⁸) The Internet country code top-level domain (ccTLD)⁹ for Poland '.pl' was created in 1990¹⁰ and, as the statistics held by NASK reveal, a constant and

² Internet based companies are called 'dotcoms'. The name derives from the name of one of the most popular domain - .com., see Kasprzycki D., *Prawo konkurencji a zasady rejestracji adresów internetowych*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej, Kraków: Zakamycze 2002, vol. 80, p. 41, ISSN 0137-236X.

³ Compare register fees existing in different countries in Olsen J., Wood N., Maniatis S., *Domain Names. Global Policy and Procedure*, London West: Sweet & Maxwell 2000, pp. 14-22, ISBN 0421727209.

⁴ Ożegalska-Trybalska J., *Adresy internetowe. Zagadnienia...*, op.cit., p. 449; Kobylańska A., *Ochrona znaków towarowych w Internecie*, Warszawa: C.H. Beck 2005, p. 9, ISBN 83-7387-716-9.

⁵ <http://www.lookup-ip.com/main/02> (visited on 27 April 2011).

⁶ 'First come first served' means that there is no preferential treatment and a service will be provided to those who arrive first, see <http://www.usingenglish.com/reference/idioms/first+come,+first+served.html>, http://en.wikipedia.org/wiki/First-come,_first-served (viewed on 26 April 2011).

⁷ Szumański A., *System Prawa Handlowego. Arbitraż handlowy*, Warszawa: C.H. Beck 2010, p. 854, ISBN 978-83-255-1234-7.

⁸ See http://www.nask.pl/run/n/Who_we_are (visited on 27 April 2011).

⁹ Country-code Top-level Domain (ccTLD) is a two-letter top-level domain designated for a particular country or autonomous territory to use to service their community, see <http://www.iana.org/domains/root/cctld/> (viewd on 20 April 2011).

dynamic growth in the number of domain names registration has been observed in Poland since then¹¹. According to statistics of domain names registered in NASK currently (in 2011) there are over 2 million (precisely 2.087091) registered domain names, which means that the daily change in the registered domain names amount is 606¹². The number of transactions involving domains is still on the increase not only because of their economic value and substantial marketing power, but also because they often correspond with or incorporate trademarks, company names and other distinctive designations which are easily recognized on the Internet¹³. In the first half of 2011 the number of new '.pl' domain name registrations was 300.000¹⁴. Basing on NASK statistics concerning exemplary sell prices in the period 2008 – 2010, in the second half of 2010 the most expensive domain name address was 'samochod.pl' written without Polish signs (the word 'samochód' means 'a car' in Polish), which reached the price of 52 000 American dollars¹⁵.

As it was mentioned before, a growing importance of domain names can sometimes lead to infringements of third parties' rights, which occur when someone registers a domain name containing someone's else distinctive sign. Such an abusive activity can be described as cybersquatting¹⁶.

Cybersquatting, known worldwide also as domain name piracy¹⁷, domain name grabbing¹⁸, domain squatting¹⁹ or domain (name) warehousing²⁰ is nowadays one of the most discussed forms of law infringement occurring in

¹⁰ http://www.freewebdomainnameregistration.com/Country_Top-Level_Code_pl.aspx (viewed on 27 April 2011).

¹¹ <http://www.dns.pl/english/registrar/Number%20of%20domain%20names%20registrations%20%28yearly%29.jpg> (viewed on 27 April 2011).

¹² <http://www.dns.pl/english/zonestats.html> (viewed on 30 April 2011).

¹³ Ożegalska-Trybalska J., *Adresy internetowe. Zagadnienia...*, op.cit., p. 450.

¹⁴ <http://www.dns.pl/essentials.html> (viewed on 28 April 2011).

¹⁵ <http://www.dns.pl/essentials.html>, *Data Source: Domain Name Journal* (viewed on 28 April 2011).

¹⁶ The term 'cybersquatting' appeared for the first time in the USA, see <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/cybersquatting-what-what-can-be-29778.html> (viewed on 28 April 2011), see also: Akincza, J.: *Piractwo domenowe (cybersquatting)*, *Jurysta - Magazyn Prawniczy* No. 5, Warszawa: Wydawnictwo In Plus 2005, pp. 15-16, ISSN 1230-7114.

¹⁷ Term occurred in e.g. Mayer-Rochow R., *The Application of Passing Off as a Remedy Against Domain Name Piracy*, *European Intellectual Property Review* Vol. 20, London: Sweet & Maxwell 1998, pp. 405-409, ISSN 0142-0461.

¹⁸ Term used in e.g. Swerdloff N., Farach Jr J.J., *Internet Domain Name – Grabbing, or Cyber-Squatting: An analysis of Remedies Under Federal Law*, *Florida Bar Journal* Vol. 71 No. 2, Florida: Florida Bar 1997, p. 30, ISSN 0015-3915, https://www.floridabar.org/DIVCOM/JN/JNJournal01.nsf/c0d731e03de9828d852574580042ae7a/fc655f8eb450dd5785256adb005d60fe!OpenDocument&Highlight=0,* (visited 28 April 2011).

¹⁹ Term used in e.g. <http://www.articlesbase.com/cyber-law-articles/cyber-squatting-2054332.html> (visited on 28 April 2011).

²⁰ Term used in e.g. <http://www.domainregistration.com.au/news/domain-name-warehousing.php> (viewed on 28 April 2011).

the cyberspace. The practice of cybersquatting generally refers to abusive domain name registration, offering for sale or using an internet domain name which incorporates someone else's trademark, name of existing business or other company designation in order to block the domain, sell or license it with the intent of profiting from it.

The term derives from a combination of two English words – 'cyber'-²¹, which means involving, using or relating to computers, especially the Internet, and 'squat' (squatting)²², which means the practice of inhabiting someone else's property without permission of the owner and without paying a rent. Cybersquatting, however, seems to differ in that the domain names being 'grabbed' are paid for through the registration process by the cybersquatter (a person who reserves domain names with the intent of benefiting from it)²³.

If the domain name is exactly the same or bewilderingly similar to the trademark, name of existing business or other distinctive sign used by another person or entity, the owner of such a distinctive sign has a cause of action against anyone who registered and is holding on to the name. Domain name cases are usually complex and complicated and a resolution of such cases depends on various circumstances taken into consideration by the judge, such as whether the cybersquatter is violating someone's personal rights, copyright, etc. But using the domain name which incorporates someone else's distinctive sign doesn't mean that the sign owner is automatically entitled to take over the domain. Many factors are taken into account, e.g. what kind of services are provided via the website in dispute and who uses the domain²⁴. According to Article 120 Section 1 of the Polish

²¹ See the word 'cyber-' (in:) *Cambridge Advanced Learner's Dictionary*, Cambridge University Press 2003, version 1.0.

²² See the word 'squat' (in:) *Cambridge Advanced...*, op.cit.

²³ The term 'cybersquatter' is also used by polish legal scholars, see e.g. Ożegalska J., *Cybersquatting i inne formy nadużywania znaków towarowych w adresach internetowych a nieuczciwa konkurencja*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej, Kraków: Zakamycze 2001, vol. 77, pp. 166 – 170, ISSN 0137-236X.

²⁴ The famous case of the domain name Gmail.pl registered and used by a group of polish poets - Grupa Młodych Artystów i Literatów (the Group of Young Artists and Writers), which uses an abbreviation GMAiL in their activity. Google had filed a lawsuit against them, the group won. See article <http://www.ft.com/cms/s/0/c1934d34-d17f-11db-b921-000b5df10621.html#ixzz1MRWiV8hg> (viewed on 28 April 2011) as well as <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=110570> (viewed on 28 April 2011), <http://edgp.gazetaprawna.pl/index.php?act=mprasa&sub=article&id=312075> (viewed on 28 April 2011), <http://www.internetstandard.pl/news/360854/Gmail.pl.oparl.sie.Google.i.wyladowal.na.Allegro.Warto.kupic.AKTUALIZACJA.nie.html> (viewed on 28 April 2011), http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/444608,gmail_pl_nie_dla_google_a.html (viewed on 28 April 2011).

Industrial Property Law (abbreviated further in the text to PIPL)²⁵ a trademark is defined as 'Any

sign capable of being represented graphically may be considered as trademark, provided that such signs are capable of distinguishing the goods of one undertaking from those of other undertakings'. In accordance with Section 2 of this Article, within the meaning of paragraph one, the following, in particular, may be considered as trademarks: words, designs, ornaments, combinations of colours, the three-dimensional shape of goods or of their packaging, as well as melodies or other acoustic signals. In Section 3 item 1 there is indicated another category of trademarks: service marks, which, however, remains undefined by the Polish legislator. Nevertheless, in the aforementioned Article it is stated that any references in PIPL to trademarks shall also mean service marks. Regardless of a legal definition of a trademark presented above, it can be simply described as a distinctive symbol creating a relationship between a specific designation and certain goods (services)²⁶. Legal scholars indicate that trademarks are performing different functions such as, e.g.²⁷(1) origin function which means an ability of identifying the goods of a particular manufacturer and indicating its origin²⁸,(2) quality function indicating that the trademark assures quality of the product, creates an image of the quality of the product in the mind of the ultimate purchaser and enables consumers to choose a particular product known for its quality and (3) marketing function which illustrates that the trademark advertises the product (trademarks play a significant role in advertising - surveys show that advertising is a key factor that influences consumer's purchase decisions)²⁹.

Such factors, in particular, as the growing commercial need for domains, treating domains as an investment and the rapid development of domain name market have led to a rise in disputes over the right to specific domain names. The UN World Intellectual Property Organization (WIPO) reported on the 1 April 2011 that cases regarding the practice of cybersquatting rose

²⁵ Act of 30 June 2000 on the Polish Industrial Property Law: The Consolidated Text of the Act, Journal of Laws - Dz.U. No. 119/2003 text 1117 with amendments; <http://www.uprp.pl/English/Law/>, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=179232 (visited on 27 April 2011).

²⁶ See Promińska U., *Prawo do znaku towarowego a wolność konkurencji*, PiP 1999, vol. 2, p. 42.

²⁷ Some scholars distinguish also goodwill function - when a trademark acts as a symbol representing the goodwill of the business, see Pinckaers S., *Misappropriation of Goodwill of Popular Symbols*, Intellectual Property and Information Law. Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram, Information Law Series 6, The Hague: Kluwer Law International 1998, pp. 286-290, ISBN 90-411-9702-8.

²⁸ See Skubisz R., *Funkcje znaku towarowego*, Księga pamiątkowa z okazji 80-lecia rzecznictwa patentowego w Polsce, Polska Izba Rzeczników Patentowych, Warszawa 2001, p. 165.

²⁹ See <http://www.consumerpsychologist.com/> (visited on 27 April 2011).

severely last year – there were nearly 2.700 cases submitted for arbitration course with WIPO³⁰ and, as indicated by NASK – approximately seventy cases a year are resolved within the alternative dispute resolution course³¹. When the exclusive right to a trademark is infringed by a cybersquatter, the trademark owner may make seek protection by initiating a legal action in court or seek an alternative dispute resolution in the arbitration court. A domain name disagreement can be resolved outside of the regular court system – the holder may file a claim in arbitration against whoever registered the domain name in order to cease the infringement³².

As it was mentioned before, in Poland the national registry of Internet names with the .pl domain is managed by NASK. It is possible to register a .pl domain name directly with NASK³³ or through one of its partners' network (named Registrars)³⁴. In order to register a domain name with NASK it is mandatory for the future domain name holder to accept the provisions of the NASK Domain Name Regulations³⁵ setting out, among other things, a dispute settlement procedure, which acceptance is a precondition of the domain name registration³⁶.

According to the provisions of these regulations, the NASK-registered domains with the .pl suffix where at least one party to the dispute is resident or with a place of business in the Republic of Poland, arguments are resolved under the law of the Republic of Poland by one of two arbitration courts pursuant to their rules (the permanent arbitration courts operating at organizations connected with NASK by co-operation agreements on disputes resolution which currently are: The Arbitration Court at the Polish Chamber of Information Technology and Telecommunication in Warsaw³⁷ and The Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce in Warsaw³⁸) or Polish common courts of law. When both parties are resident or registered outside the Republic of Poland disputes are administered by The World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation

³⁰ <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=37980&Cr=internet&Cr1=> (visited on 28 April 2011).

³¹ See <http://www.dns.pl/essentials.html> (viewed on 28 April 2011).

³² See <http://www.warsawvoice.pl/WVpage/pages/article.php/19844/article> (viewed on 28 April 2011).

³³ See <http://www.dns.pl/english/maindn.html> (visited on 28 April 2011).

³⁴ See <http://www.dns.pl/english/registrarprog.html> (visited on 28 April 2011).

³⁵ See *Domain Names Regulations of 18 December 2006* (in force from 18 March 2007), <http://www.dns.pl/english/regulations.html> (viewed on 28 April 2011).

³⁶ See <http://www.dns.pl/english/principles-n.html> (visited on 28 April 2011).

³⁷ The Arbitration Court at the Polish Chamber of Information Technology and Telecommunication, ul. Koszykowa 54, 00-675 Warsaw (Poland), tel./fax: + 48 22 625 73 23, http://www.piit.org.pl/piit2/index.jsp?place=Menu02&news_cat_id=64&layout=2, see also <http://www.dns.pl/english/disputes.html> (viewed on 28 April 2011).

³⁸ Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce, ul. Trębacka 4, 00-074 Warsaw, Poland, tel.: +48 22 827 47 54/fax: +48 22 827 94 01, <http://www.sakig.pl>; see also <http://www.dns.pl/english/disputes.html> (viewed on 28 April 2011).

Center³⁹, which handles the domain cases basing on the WIPO Expedited Arbitration Rules for Domain Name Dispute Resolution⁴⁰.⁴¹ The choice between the common court of law or the arbitration court depends on the claimant. If the claimant initiates the arbitration course pursuant to the Rules of the Court of Arbitration in Matters Concerning Internet Domain Names at the Polish Chamber of Information Technology and Telecommunications (further in the text called the Rules)⁴² and the domain name holder (the subscriber - a party to an agreement with NASK for maintaining an Internet domain name in the .pl domain) refuses to take part in the arbitration, NASK will terminate the agreement to maintain the domain name. According to Article 22 of the NASK Regulations 'In case a third party initiates a legal action in the Arbitration Court against the Subscriber claiming that the Subscriber has infringed the rights of that person by entering into or performing the Agreement, the Subscriber shall submit to that Arbitration Court a duly signed arbitration clause to the Arbitration Court in due time stated in the summon to sign this arbitration clause.' In accordance with Article 23 of these Regulations 'The non-signing of the arbitration clause specified above shall result in the termination of the Agreement three months after the time stated to sign this arbitration clause, and this time limit shall be shortened to the date of the expiry of the calculating period based on the Price List if this date occurs before the end of the three month-period after the time stated to sign this arbitration clause. If the NASK has been informed during the time period specified above by the Arbitration Court about the delivery of the signed arbitration clause to that Court, the Agreement shall not be terminated.' In this situation, the domain name will become available again and may be registered by any person who made an application.

According to Article 9 of the Rules before initiating the arbitral proceedings at the Arbitration Court at the Polish Chamber of Information Technology and Telecommunication in Warsaw the claimant has to pay a non-refundable administration fee and files a pre-trial motion informing about

³⁹ The World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center 34, chemin des Colombettes, P.O. Box 18, 1211 Geneva 20 (Switzerland), tel.: (41-22) 338 8247 or 0800 888 549/ fax: (41-22) 740 3700 or 0800 888 550, <http://www.wipo.int>; see also <http://www.dns.pl/english/disputes.html> (viewed on 28 April 2011).

⁴⁰ See <http://www.wipo.int/amc/en/domains/rules/cctld/expedited/pl/index.html>, see also: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/cctld/pl/index.html> (viewed on 28 April 2011).

⁴¹ In it worth mentioning that, on the other hand, if the domain name is registered by the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and the domain name suffix is .com, .org, .net, .biz, .info, .aero, .coop, .museum, .name, or .pro, the dispute is adjudicated by an arbitration panel authorized by ICANN adjudicates on the basis of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP).

⁴² See the Rules of the Court of Arbitration in Matters Concerning Internet Domain Names at the Polish Chamber of Information Technology and Telecommunications of 28 May 2008, http://www.piit.org.pl/piit2/index.jsp?place=Lead06&news_cat_id=63&news_id=2841&layout=2&page=text (viewed on 28 April 2011).

the intention to file a suit, where indicates the defendant (the subscriber) and the internet domain name which the proceedings shall concern. Further, immediately after receipt of the information from the claimant regarding his/her intent to commence proceedings, the arbitration court shall send an arbitration clause for signing with the list of arbitrators to the claimant (which is returned by the claimant within a time limit stipulated by the court). Then, the court sends an arbitration clause for signing to the defendant together with the copy of the arbitration clause signed by the claimant (the signed arbitration clause shall be then returned by the defendant to the court). If one of the parties fails to sign the arbitration clause, the proceedings before the court shall not be commenced and the court shall immediately notify NASK of it. The President of the Court may restore the time limit for the party to sign the arbitration clause in case of justified circumstances that made the deadline impossible to meet. If it is not possible to serve the arbitration clause on the defendant, arbitration proceedings may not be instituted – in this case the President of the Court shall immediately notify the claimant and NASK. The President of the Court shall refuse to institute proceedings if the defendant indicated by the claimant is not the subscriber of the domain in dispute at the day of filing the pre-trial motion.

The arbitration course becomes initiated by submitting a lawsuit. Pursuant to the Rules, the suit means a claimant's written communication necessary to commence arbitration proceedings, prepared according to the Rules. The claimant is a party who brings a lawsuit. According to Article 9 section 8 of the Rules the claimant shall file the duly paid suit within fourteen days from notification of the claimant by the court that the arbitration clause signed by the subscriber has been served. If no suit is brought, the President of the Court shall refuse to start the proceedings and shall immediately notify the parties and NASK of this decision. Commencing the arbitration proceedings depends on paying the arbitration fee (in amount stated in the Fee Schedule⁴³). The arbitration fee shall be reimbursed only by the withdrawal of the suit until the appointment of the Arbitrator in the proceedings⁴⁴. The claimant can submit a claim or precede it with the mediation phase⁴⁵.

The parties may be represented by the duly authorized persons. A natural person with full legal capacity can act as a representative, irrespective of nationality or professional qualifications⁴⁶. According to Article 10 of the

⁴³ http://www.piit.org.pl/piit2/index.jsp?place=Lead06&news_cat_id=63&news_id=2841&layout=2&page=text (viewed on 28 April 2011).

⁴⁴ See Szumański A., *System Prawa Handlowego. Arbitraż...*, op.cit p. 866.

⁴⁵ See Articles 5-8 of the Rules of the Court of Arbitration in Matters Concerning Internet Domain Names at the Polish Chamber of Information Technology and Telecommunications.

Rules the lawsuit shall be made in writing and include the names, addresses and telephone, telefax, e-mail of the parties and in the event of representation respectively information regarding the representatives of the parties, a determination of the claim stating that the defendant has infringed the claimant's rights by entering the agreement regarding the maintenance of the domain name, factual circumstances justifying the claim (and the evidence supporting them e.g. the subscriber has not been commonly known by the domain name, or has not made a legitimate, commercial or fair use of the domain name, by using the domain name, the subscriber intentionally attempted to attract Internet users to his/her website by creating a likelihood of confusion with the claimant's mark), and if necessary justifying the court's jurisdiction, an indication of the provisions of the Polish law on the basis of which the claimant has submitted the claim (which can be, e.g. the provisions of the Polish Industrial Property Law⁴⁷, the Polish Civil Code⁴⁸, The Polish Unfair Competition Law⁴⁹), a request for the reimbursement of the costs of the arbitration proceedings and an indication of an arbitrator from the list of arbitrators sent previously by the court. According to Article 9 section 12 of the Rules the claimant shall submit the copies of the suit to every defendant and the arbitrator. Pursuant to Article 11 of the Rules the defendant shall provide the court and the claimant with a written response to the lawsuit within seven days of receipt of the suit.

The arbitration proceeding shall be conducted by a sole arbitrator, acting as an arbitration court according to the Polish Code of Civil Procedure⁵⁰, but the parties may request the proceeding to be conducted by an arbitration court composed of three arbitrators and, unless the parties decide otherwise, each of the parties shall appoint in writing one arbitrator from the list of arbitrators, and then, the arbitrators appointed by the parties shall select a third arbitrator from the list of arbitrators. If the appointment of the arbitrator is not made by the parties within fourteen days from the date of notification of the court regarding the intent to select a three-person tribunal, or if the two arbitrators do not select the third one within fourteen days from

⁴⁶ See Article 12 of the Rules of the Court of Arbitration in Matters Concerning Internet Domain Names at the Polish Chamber of Information Technology and Telecommunications.

⁴⁷ Act of 30 June 2000 on the Polish Industrial Property Law: The Consolidated Text of the Act, Journal of Laws- Dz.U. No. 119/2003 text 1117 with amendments; <http://www.uprp.pl/English/Law/>, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=179232 (visited on 27 April 2011).

⁴⁸ Act of 23 April 1964 – The Polish Civil Code, Journal of Laws – Dz.U. No.16, item 93, subsequently amended).

⁴⁹ Act of 16 April 1993 on Combating Unfair Competition, Journal of Laws- Dz.U. No.47, item 211, with subsequent amendments.

⁵⁰ See <http://lex.pl/kodeksy/?akt=64.43.296.htm> (viewed on 28 April 2011).

the date of their appointment, the arbitrator shall be indicated by the President of the Court.⁵¹

According to Article 14 Section 1 of the Rules 'The parties appoint an Arbitrator in the following manner:(i) the Claimant shall indicate in the Suit an Arbitrator from the List of Arbitrators.(ii) In the Response to the Suit the Defendant may agree to the appointment of the Arbitrator indicated by the Claimant or indicate another Arbitrator from the List of Arbitrators made available by the Court.(iii) In the event the Defendant indicates an Arbitrator other than the one listed in the Suit, the Claimant may agree to the appointment of the Arbitrator indicated by the Defendant and shall notify the Court and the Defendant thereof within three days of the delivery by the Court of the information regarding the Defendant's position concerning the appointment of an Arbitrator. (iv) In the event the Defendant does not take a stand on appointment of the Arbitrator within the time limit stipulated by the Court, the Arbitrator shall be appointed pursuant to Article 15'. According to Section 2 of this Article 'The parties may propose candidates for Arbitrators within the time limit set in Section 3', which in accordance with Section 3 of the Article means that 'If the parties do not appoint an Arbitrator within twenty-one days from the date of the Suit delivery to the Court, the Arbitrator shall be appointed pursuant to Article 15'.⁵² The arbitrator may not only admit and examine in his discretion documentary evidence, evidence by parties hearing, testimonial evidence and experts' opinion evidence, but may also request a party to

⁵¹ See Article 13 of the Rules of the Court of Arbitration in Matters Concerning Internet Domain Names at the Polish Chamber of Information Technology and Telecommunications.

⁵² The arbitrator will be appointed by the President of the court, Article 15 of the Rules (SUBSTITUTION APPOINTMENT) '1. If no Arbitrator has been appointed pursuant to Article 14, one shall be appointed in the following manner: (i) The Court shall send to each party an identical List of Arbitrators, which shall contain the names of at least three Arbitrators in alphabetical order along with a brief description of their qualifications. (ii) Each of the parties may cross off from the List of Arbitrators names of persons it objects to being appointed, and number the remaining names in order of preference. (iii) Each of the parties shall return the List of Arbitrators along with crossed off names to the Court the next working day after the list is delivered. It is considered that a party which does not return the marked list within that time, does not object to the appointment of any of the persons listed on the List of Arbitrators as an Arbitrator. (iv) Immediately after receiving the list from the parties, or if the list is not returned - after the time limit described in the preceding paragraph has elapsed, the President of the Court shall appoint a person from the List of Arbitrators as the Arbitrator appointed to resolve the dispute described in the Suit, according to the preferences and objections submitted by the parties. 2. If the Arbitrator is not appointed in the manner indicated in section 1, or the person proposed by the parties cannot be an Arbitrator in the given matter or there is a probability of reasons which make Arbitration service impossible for a given person, and no person remains on the list, which a party has not opposed, the President of the Court shall appoint an Arbitrator of its choice from the List of Arbitrators.', http://www.piit.org.pl/piit2/index.jsp?place=Lead06&news_cat_id=63&news_id=2841&layout=2&page=text (viewed on 28 April 2011).

submit documents or other evidence of essential relevance necessary to resolve the dispute⁵³.

The parties may decide to make a settlement before an arbitrator and resolve the dispute at anytime during the arbitration proceedings⁵⁴. If the parties conclude a settlement agreement, the arbitrator will terminate the proceedings.

If the claimant exclusive rights have been sufficiently proved, the arbitrator issues a judgment on behalf of the Arbitration Court stating that the claimant's rights have been infringed by the registration of the domain name in dispute. At the same time the claimant decides for the reimbursement of the costs of the arbitration proceeding. The arbitration judgment is valid and enforceable in Poland after its recognition by a court of general jurisdiction eligible to issue a ruling in such case, however, in any case, the court of first instance.

Mediation and Arbitration Tribunal Regulation of the Polish Chamber of Information Technology and Telecommunication in Warsaw established in order to mediate in Internet domain names cases is an example of the Alternative Dispute Resolution. The purpose of the alternative methods of resolving domain name disputes is to provide a forum in which cases concerning the abusive domain registration and consequently – infringement of a third party rights as a result of registration and use of domain name, can be resolved in a quick and relatively inexpensive manner. Arbitration seems to be an attractive, but still underestimated method of resolving domain name clashes, which is often less formal (in comparison to the traditional court proceedings before the courts of general jurisdictions), less expensive and not so time-consuming. What's more, the above mentioned Alternative Dispute Resolution policy for domain name disputes constitutes the basis for the termination of the Agreement by NASK with the subscriber which has infringed the claimant's rights and gives also the basis for the registration of the domain name for the claimant. Submitting a dispute to the arbitration court is a method of resolving disputes which does not exclude the possibility of using other legal remedies. Conciliatory methods of resolving domain names arguments facilitate to resolve a case outside the court system. Most people are not willing to become involved in lawsuits. Litigation can entail lengthy delays, high costs, unwanted publicity etc. Appeals might be filed, causing further delay, after a decision has been

⁵³ See Articles 25-28 of the Rules,

http://www.piit.org.pl/piit2/index.jsp?place=Lead06&news_cat_id=63&news_id=2841&layout=2&page=text (viewed on 28 April 2011).

⁵⁴ Article 31 of the Rules: 'At any time during the arbitration proceedings parties may conclude a settlement before the Arbitrator, who shall confirm settlement conclusion by signing its text along with the parties. Original copies of the settlement shall be conveyed to the Court and to the parties. A copy of the settlement shall be immediately conveyed by the Court to NASK.'

rendered. Arbitral proceedings is, as it was already mentioned above, usually faster and less expensive, and it is also conclusive, which explains why so many parties decide to bring their cases to the arbitration court.

Literature:

- Ożegalska-Trybalska, J.: Adresy internetowe. Zagadnienia cywilnoprawne, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej, Kraków: Zakamycze 2003, vol. 84, ISSN 0137-236X
- Kasprzycki, D.: Prawo konkurencji a zasady rejestracji adresów internetowych, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej, Kraków: Zakamycze 2002, vol. 80, pp. 41-56, ISSN 0137-236X
- Olsen, J., Wood, N., Maniatis, S.: Domain Names. Global Policy and Procedure, London: Sweet & Maxwell 2000, ISBN 0421727209
- Kobylańska, A.: Ochrona znaków towarowych w Internecie, Warszawa: C.H. Beck 2005, ISBN 83-7387-716-9
- Szumański, A.: System Prawa Handlowego. Arbitraż handlowy, Warszawa: C.H. Beck 2010, ISBN 978-83-255-1234-7
- Akincza, J.: Piractwo domenowe (cybersquatting), Jurysta - Magazyn Prawniczy No. 5, Warszawa: Wydawnictwo In Plus 2005, pp.15-19, ISSN 1230-7114
- Mayer-Rochow, R.: The Application of Passing Off as a Remedy Against Domain Name Piracy, European Intellectual Property Review Vol. 20, London: Sweet & Maxwell 1998, pp. 405 – 409, ISSN 0142-0461
- Swerdloff, N., Farach Jr, J.J.: Internet Domain Name – Grabbing, or Cyber-Squatting: An analysis of Remedies Under Federal Law, Florida Bar Journal Vol. 71 No. 2, February, 1997, Florida: Florida Bar, p.30, ISSN 0015-3915,
<https://www.floridabar.org/DIVCOM/JN/JNJournal01.nsf/c0d731e03de9>

828d852574580042ae7a/fc655f8eb450dd5785256adb005d60fe!OpenDocument&Highlight=0,*

- Ożegalska, J.: Cybersquatting i inne formy nadużywania znaków towarowych w adresach internetowych a nieuczciwa konkurencja, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej, Kraków: Zakamycze 2001, vol. 77, pp. 157 – 185, ISSN 0137-236X
- Promińska, U.: Prawo do znaku towarowego a wolność konkurencji, Państwo i Prawo 1999, vol. 2, pp. 41 - 51., ISSN 0031-0980
- Pinckaers, S.: Misappropriation of Goodwill of Popular Symbols, Intellectual Property and Information Law. Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram, Information Law Series 6, The Hague: Kluwer Law International 1998, pp.283-299, ISBN 90-411-9702-8
- Skubisz, R.: Funkcje znaku towarowego, Księga pamiątkowa z okazji 80 - lecia rzecznictwa patentowego w Polsce, Warszawa: Polska Izba Rzeczników Patentowych, 2001, pp. 163 et seq., ISBN 83-89601-09-5
- Understanding the Basics. Domain Names, IP Addresses, Host Names, Web Sites, URLs, and Whois <http://www.lookup-ip.com/main/02> (viewed on 28 April 2011)
- <http://www.usingenglish.com/reference/idioms/first+come,+first+served.html> (viewed on 28 April 2011)
- http://en.wikipedia.org/wiki/First-come,_first-served (viewed on 26 April 2011)
- NASK – about NASK, http://www.nask.pl/run/n/Who_we_are (viewed on 27 April 2011)
- Country-code Top-level Domains, <http://www.iana.org/domains/root/cctld/> (viewed on 20 April 2011)
- What is the Top level domain form Poland?, http://www.freewebdomainnameregistration.com/Country_Top-Level_Code_pl.aspx (viewed on 27 April 2011)

- Number of domain names registrations yearly,
<http://www.dns.pl/english/registrar/Number%20of%20domain%20names%20registrations%20%28yearly%29.jpg> (viewed on 27 April 2011)
- Statistics of domain names registered in NASK,
<http://www.dns.pl/english/zonstats.html> (viewed on 30 April 2011)
- Number of .pl domain name new registrations,
<http://www.dns.pl/essentials.html> (viewed on 28 April 2011)
- Exemplary sell prices in 2008-2010 <http://www.dns.pl/essentials.html> (viewed on 28 April 2011)
- Cybersquatting: What It Is and What Can Be Done About It,
<http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/cybersquatting-what-what-can-be-29778.html> (viewed on 28 April 2011)
- Internet Domain Name-Grabbing, or Cyber-Squatting: An Analysis of Remedies Under Federal Law,
https://www.floridabar.org/DIVCOM/JN/JNJournal01.nsf/c0d731e03de9828d852574580042ae7a/fc655f8eb450dd5785256adb005d60fe!OpenDocument&Highlight=0,*
- Cyber Squatting, <http://www.articlesbase.com/cyber-law-articles/cyber-squatting-2054332.html> (viewed on 28 April 2011)
- What Is Domain Name Warehousing?,
<http://www.domainregistration.com.au/news/domain-name-warehousing.php> (viewed on 28 April 2011)
- Google finds itself stymied by cybersquatters ,
<http://www.ft.com/cms/s/0/c1934d34-d17f-11db-b921-000b5df10621.html#ixzz1MRWiV8hg> (viewed on 28 April 2011)
- Poland: Cybersquatting? Gmail.pl,
<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=110570> (viewed on 28 April 2011)

- Google kontra Gmail, czyli co można sprzedać na Allegro,
<http://edgp.gazetaprawna.pl/index.php?act=mprasa&sub=article&id=312075> (viewed on 28 April 2011)
- Gmail.pl oparł się Google i wylądował na Allegro. Warto kupić?
<http://www.internetstandard.pl/news/360854/Gmail.pl.oparl.sie.Google.i.wyladowal.na.Allegro.Warto.kupic.AKTUALIZACJA.nie.html> (viewed on 28 April 2011)
- Gmail.pl nie dla Google'a
http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/444608,gmail_pl_nie_dla_google_a.html (viewed on 28 April 2011)
- CONSUMER BEHAVIOR: THE PSYCHOLOGY OF MARKETING,
<http://www.consumerpsychologist.com/> (visited on 27 April 2011)
- UN copyright agency reports sharp rise in cybersquatting disputes,
<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=37980&Cr=internet&Cr1=> (visited on 28 April 2011)
- NASK - ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION,
<http://www.dns.pl/essentials.html> (viewed on 28 April 2011)
- Cybersquatting-Protecting Your Rights,
<http://www.warsawvoice.pl/WVpage/pages/article.php/19844/article> (viewed on 28 April 2011)
- Domain Name Registry (NASK) - Direct registrations,
<http://www.dns.pl/english/maindn.html> (visited on 28 April 2011)
- Domain Name Registry (NASK) - Registrations by Registrars,
<http://www.dns.pl/english/registrarprog.html> (visited on 28 April 2011)
- Domain Names Regulations of 18 December 2006 (in force from 18 March 2007), <http://www.dns.pl/english/regulations.html> (viewed on 28 April 2011)

- Before the registration of the domain name, please read and accept Domain Names Regulations as of 18 December 2006,
<http://www.dns.pl/english/principles-n.html> (visited on 28 April 2011)
- Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji - Sąd Polubowny ds. Domen Internetowych,
http://www.piit.org.pl/piit2/index.jsp?place=Menu02&news_cat_id=64&layout=2 (viewed on 28 April 2011)
- Domain name registry (NASK) – disputes,
<http://www.dns.pl/english/disputes.html> (viewed on 28 April 2011)
- Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce in Warsaw,
<http://www.sakig.pl> (viewed on 28 April 2011)
- World Intellectual Property Organization, <http://www.wipo.int>
- WIPO Expedited Arbitration Rules for Domain Name Dispute Resolution under .PL (Effective from October 30, 2008),
<http://www.wipo.int/amc/en/domains/rules/cctld/expedited/pl/index.html> (viewed on 28 April 2011)
- WIPO - Domain Name Dispute Resolution Service for .PL,
<http://www.wipo.int/amc/en/domains/cctld/pl/index.html> (viewed on 28 April 2011)
- RULES OF ARBITRATION COURT IN MATTERS CONCERNING DOMAIN NAMES AT PCITT,
http://www.piit.org.pl/piit2/index.jsp?place=Lead06&news_cat_id=63&news_id=2841&layout=2&page=text (viewed on 28 April 2011)
- ARBITRATION COURT IN MATTERS CONCERNING DOMAIN NAMES AT PCITT, Fee Schedule
http://www.piit.org.pl/piit2/index.jsp?place=Lead06&news_cat_id=63&news_id=2841&layout=2&page=text (viewed on 28 April 2011).
- Act of 17 November 1964 – The Polish Code of Civil Procedure, Journal of Laws-Dz.U. No.43, item 296 with subsequent amendments,
<http://lex.pl/kodeksy/?akt=64.43.296.htm> (viewed on 28 April 2011)

- Act of 30 June 2000 on the Polish Industrial Property Law:
The Consolidated Text of the Act, Journal of Laws No. 119/2003
text 1117 with amendments; <http://www.uprp.pl/English/Law/>,
http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=179232 (visited on 27
April 2011)
- Domain Names Regulations of 18 December 2006
- the Rules of the Court of Arbitration in Matters Concerning Internet
Domain Names at the Polish Chamber of Information Technology and
Telecommunications of 28 May 2008
- Act of 23 April 1964 – The Polish Civil Code, Journal of Laws - Dz.U.
No.16, item 93, subsequently amended)
- Act of 16 April 1993 on Combating Unfair Competition, Journal of Laws
- Dz.U. No.47, item 211, with subsequent amendments.
- Act of 17 November 1964 – The Polish Code of Civil Procedure, Journal
of Laws - Dz.U. No.43, item 296 with subsequent amendments.
- Cambridge Advanced Learner's Dictionary, Cambridge University Press
2003, version 1.0.

Contact – email

wisniewska.k.m@gmail.com

ELEKTRONICKÁ KOMUNIKACE SE SPRÁVCEM DANĚ - PŘÍNOSY A NEDOSTATKY

MILAN BÁRTA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, ČR

Abstract in original language

V posledních několika letech dochází k výraznému rozvoji elektronické komunikace při správě daní, k čemuž přispělo zejména uvedení datových schránek do praxe. To umožnilo správci daně elektronická podání nejenom přijímat, ale rovněž svá rozhodnutí v elektronické podobě odesílat. Podporován je také portál pro elektronická podání. Jak bylo zjištěno, elektronická komunikace nepřináší jen mnoho výhod, ale má i mnoho nedostatků, jež by bylo vhodné minimalizovat.

Key words in original language

elektronická komunikace, datové schránky, správce daně, daňový portál

Abstract

In last few years we have seen a significant expansion of electronic communication in tax administration to which the introduction of data boxes has largely contributed. This allowed the tax administrators not only to receive electronic tax returns, but also to send their own decisions concerning them. The so-called Tax Portal for electronic filing of tax returns is fostered as well. But, as it has been found out, electronic communication does not bring only many benefits, but it has also a lot of drawbacks which should be minimized.

Key words

electronic communication, data boxes, Tax Portal, tax authority

1 Úvod

V posledních několika letech se výraznějším způsobem rozvíjí elektronická komunikace při správě daní. To je způsobeno nejen tím, že správce daně může elektronická podání přijímat, ale také písemnosti adresované daňovým subjektům v elektronické podobě odesílat. Dalším faktorem, který způsobuje nárůst elektronické komunikace, je skutečnost, že některá podání musí být vůči správci daně učiněna pouze v elektronické formě a odeslána elektronickou cestou. Povinnost odesílat specifikovaná podání jen elektronicky nemá pouze výhody, ale objevuje se i mnoho nedostatků, na které bude poukázáno níže a jež by bylo vhodné odstranit, aby mohlo docházet k dalšímu rozvoji elektronické komunikace jako modernímu prostředku komunikace občana s veřejnou správou.

Zatímco v roce 2003 bylo se zaručeným elektronickým podpisem učiněno 4060 podání, v roce 2008 to již bylo 179 880 podání a v roce 2010 již 462 749 podání.¹ Z těchto několika málo čísel můžeme vidět, jak dynamicky dochází k rozvoji elektronické komunikace se správcem daně. Koncem roku 2009, konkrétně od 1. listopadu, došlo k dalšímu zlomovému okamžiku v elektronické komunikaci, kdy spuštěním datových schránek bylo umožněno, že i správce daně jako orgán veřejné moci může zasílat své písemnosti daňovým subjektům, jež mají aktivní datovou schránku, v elektronické podobě. Došlo tak k nové dynamice v elektronické komunikaci orgánu veřejné moci s občany jako fyzickými osobami a rovněž s právníckými osobami. S ohledem na zatím relativně krátkou dobu existence datových schránek není možné srovnávat vývoj této komunikace na delší časové ose, jako je tomu u podání přes elektronickou podatelnu správce daně uvedených výše.

2 Možnosti elektronických podání

2.1 Elektronická podatelna – aplikace pro elektronická podání se zaručeným elektronickým podpisem

Přijetí zákona č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu, ve znění pozdějších předpisů, umožnilo, aby byly elektronické dokumenty podepisovány kvalifikovaným certifikátem. V případě podání vůči správci daně je tímto kvalifikovaným certifikátem zaručený elektronický podpis, který dle § 2 odst. 1 písm. b) zákona o elektronickém podpisu musí splňovat následující požadavky: je jednoznačně spojen s podepisující osobou; umožňuje identifikaci podepisující osoby ve vztahu k datové zprávě; byl vytvořen a připojen k datové zprávě pomocí prostředků, které podepisující osoba může udržet pod svou výhradní kontrolou; je k datové zprávě, ke které se vztahuje, připojen takovým způsobem, že je možno zjistit jakoukoliv následnou změnu dat. Tyto požadavky by měly zajistit jednoznačnou autentizaci podepisující osoby a zároveň zaručit, že dokument po svém podpisu nebude měněn, resp. veškeré případné změny budou zjištěitelné. Zákon o elektronickém podpisu tak přinesl první krok pro elektronickou komunikaci s orgány veřejné správy.

Na základě zákona o elektronickém podpisu pak bylo přijato nařízení vlády č. 495/2004 Sb., kterým se provádí zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu a o změně některých dalších zákonů (zákon o elektronickém podpisu), ve znění pozdějších předpisů, které stanovilo podmínky pro orgány veřejné správy pro provozování elektronické podatelny, prostřednictvím které je umožněno přijímat datové zprávy jako podání fyzických a právníckých osob orgánu veřejné moci. Orgán veřejné moci má informační povinnost, a to podle § 3 odst. 1 výše zmíněného nařízení vlády,

¹ Zdroj: http://cds.mfcr.cz/cps/rde/xchg/cds/xsl/dane_elektronicky_416.html?year=0

kdy je jeho povinností zveřejnit elektronickou adresu elektronické podatelny a dále informaci, zda je určena pro přijímání veškerých podání nebo jen podání určitého obsahu, dále se zveřejňují další kontaktní údaje pro přijímání datových zpráv na technických nosičích a rovněž způsob potvrzení přijetí datové zprávy.

Ve věcech daňových podání podávaných na základě zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů, není elektronickou podatelnou emailová adresa, jak to bývá obvyklé u jiných správních orgánů, ale je to webová adresa <http://eds.mfcr.cz>, která umožní přístup do Aplikace elektronických podání (dále v textu aplikace EPO), která byla pro daňové subjekty připravena ministerstvem financí. Důvodem je zejména skutečnost, že podání pro daňovou správu jsou specifického charakteru, neboť většina takových podání jsou daňová tvrzení k různým daním. Tato podání jsou přesně strukturovaná s vymezeným povinným obsahem v souladu s vydanými formuláři. Aplikace EPO provozovaná v rámci daňového portálu tak umožňuje daňovým subjektům interaktivním způsobem vyplnit daňové přiznání ke konkrétní dani či jinou písemnost (např. žádost o vrácení přeplatku). Před samotným podepsáním a odesláním navíc zkontroluje písemnost, zda neobsahuje chyby nebo zda nechybí vyplnění některý z povinných údajů. V případě, že jsou v písemnosti nalezeny chyby, které by zcela znemožnily správci daně podání elektronicky zpracovat v informačním systému, není daňovému subjektu vůbec umožněno přejít do fáze podepisování a odesílání datové zprávy a daňový subjekt je nucen nejprve tyto chyby odstranit. Podání může obsahovat i jiné chyby, na které je sice daňový subjekt upozorněn a jejichž odstranění by bylo žádoucí, avšak odeslání datové zprávy obsahující tento druh chyb nezpůsobí správci daně nemožnost přečíst a zpracovat datovou zprávu v informačním systému. V konečné fázi potom dojde k připojení elektronického podpisu a následnému odeslání datové zprávy s elektronickým podpisem. Poté je daňovému subjektu umožněno uložit si potvrzení o odeslání datové zprávy, které slouží k případnému prokázání odeslání takového podání. Daňový subjekt obdrží rovněž číslo podání a vygenerované heslo, kterým může stav svého podání následně sledovat.

Domnívám se, že aplikace EPO představuje pro daňový subjekt znalý práce na počítači pohodlný způsob komunikace se správcem daně a rovněž pohodlný způsob vyplňování daňových přiznání a ostatních podání pro správce daně. Prostředí pro aplikaci EPO je uživatelsky velmi přívětivé a jak již bylo výše uvedeno, svojí interaktivností velmi napomáhá tomu, aby podání, zejména daňové přiznání, obsahovalo veškeré nezbytné informace pro správce daně. Avšak i zde můžeme nalézt některé nedokonalosti, jež by bylo vhodné upravit a o nichž bude pojednáno níže.

2.2 Elektronická podání bez zaručeného elektronického podpisu

Většina daňových subjektů prozatím zaručeným elektronickým podpisem nedisponuje. I přesto mohou a v některých případech dokonce musí učinit podání elektronickou cestou. Podle § 71 odst. 3 daňového řádu má účinky podání rovněž úkon učiněný vůči správci daně za použití datové zprávy bez uznávaného elektronického podpisu nebo za použití jiných přenosových technik, které je správce daně způsobilý přijmout, pokud je toto podání do 5 dnů ode dne, kdy došlo správci daně, potvrzeno nebo opakováno, tzn. takové podání je do pěti dnů potvrzeno písemným podáním, ústně do protokolu, datovou zprávou se zaručeným elektronickým podpisem, nebo datovou zprávou odeslanou prostřednictvím datové schránky. Nejčastěji využívaným způsobem potvrzení datové zprávy bez zaručeného elektronického podpisu je potvrzení písemným podáním.

V aplikaci EPO se postup pro učinění takového podání liší až v samotném závěru. Po odstranění chyb podání pak ve fázi podepisování zvolí daňový subjekt možnost odeslat datovou zprávu bez podepsání zaručeným elektronickým podpisem. Datová zpráva je tedy odeslána a daňovému subjektu aplikace nabídne vytištění potvrzení datové zprávy (tzv. e-tiskopis), který obsahuje veškeré relevantní informace o datové zprávě. Daňovému subjektu je tak opět usnadněno potvrzení datové zprávy, neboť, doručí-li tento e-tiskopis správci daně v souladu s § 71 odst. 3 daňového řádu do 5 dnů od poslání datové zprávy, má učiněná datová zpráva účinky elektronického podání. Podání však může daňový subjekt učinit i emailovou zprávou, která však musí být potvrzena postupem uvedeným výše.

2.3 Podání učiněné prostřednictvím datové schránky

Nejnovějším způsobem elektronické komunikace je možnost činit podání prostřednictvím datových schránek, jež byly zavedeny zákonem č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů (dále v textu zákon o elektronických úkonech). Tímto zákonem byly orgánům veřejné správy, právníkům osobám zapsaným v obchodním rejstříku a dalším osobám, o nichž to zákon stanovil (např. insolvenční správci nebo soudní exekutoři), zřízeny a aktivovány od 1. listopadu 2009 datové schránky, prostřednictvím kterých mohou tyto subjekty spolu komunikovat. Tento zákon umožnil, aby orgány veřejné moci zasílaly své dokumenty ostatním osobám majícím zřízenou datovou schránku v elektronické podobě. Díky tomu byl zaveden i směr komunikace od orgánu veřejné moci k fyzické nebo právnické osobě mající zřízenou datovou schránku. Rovněž je umožněno, aby fyzické nebo právnické osoby činily podání vůči orgánům veřejné moci prostřednictvím datové schránky. Datová zpráva zasláná prostřednictvím datové schránky nemusí být opatřena zaručeným elektronickým podpisem, neboť samotné zaslání datovou schránkou, k níž má přístup pouze osoba oprávněná jednat, je

dostatečnou autentizací. Na zákon o elektronických úkonech pak navazuje vyhláška č. 194/2009 Sb., o stanovení podrobností užívání a provozování informačního systému datových schránek, ve znění pozdějších předpisů, která mimo jiné stanoví závazné formáty datových souborů, které je možné přes datovou schránku doručit (jsou to např. běžně používané formáty dokumentů DOC, XLS, PDF, apod.).

Každému finančnímu úřadu byla tedy zřízena datová schránka, do níž může daňový subjekt učinit podání, má-li svoji vlastní datovou schránku. Jak již bylo uvedeno výše, pro podání ve věci daňových přiznání je nutné podávat daňové tvrzení na předepsaném formuláři v souladu s § 72 odst. 1 daňového řádu. Pro elektronická podání je pak v § 72 odst. 3 daňového řádu stanoveno, že lze takové podání provést i datovou zprávou ve formátu a struktuře zveřejněné správcem daně. Pro podání přes aplikaci EPO toto ustanovení nemá praktického významu, neboť samotná aplikace podání v požadované struktuře provede. Avšak u datových schránek má toto ustanovení mimořádný význam. Aby mohl správce daně daňové tvrzení zpracovat v informačním systému, musí být prostřednictvím datové schránky podáno v předepsaném formátu a struktuře. Byl vydán Pokyn D-349, kterým ministerstvo financí stanovilo formát a strukturu takové datové zprávy. Dle tohoto pokynu musí být daňové tvrzení podáno ve formátu XML při splnění dalších podmínek. Tato povinnost není vždy ze strany daňových subjektů dodržována, neboť zasílají daňové tvrzení v jiných formátech, např. PDF nebo jako obrázek JPG, a jedná se tak v souladu s výše uvedeným o vadu podání, která musí být dle příslušných ustanovení daňového řádu odstraněna.

Z pohledu právní teorie lze diskutovat o vhodnosti úpravy závazného formátu pro datovou zprávu v pouhém pokynu ministerstva financí, ačkoliv daňový řád předpokládá pouhé zveřejnění závazného formátu, nikoliv stanovení. Přesto pokyn není obecně závazným právním aktem a bylo by vhodnější stanovit závazný formát a strukturu datové zprávy vyhláškou ministerstva financí, i s ohledem na skutečnost, že nedodržení závazného formátu má za následek vadu podání, která musí být postupem dle daňového řádu odstraněna. Navíc tento pokyn v podstatě zužuje možnost použití různých formátů pro podání tak, jak je stanovuje prováděcí vyhláška k zákonu o elektronických úkonech.

3 Povinnost učinit elektronické podání

Prozatím byly popsány způsoby, kterými může daňový subjekt učinit elektronické podání vůči správci daně. Od 1. ledna 2010 však byla v zákoně č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů (dále v textu zákon o dani z přidané hodnoty), stanovena povinnost podat souhrnné hlášení formou datové zprávy, která je opatřena uznávaným elektronickým podpisem, nebo která je odeslána prostřednictvím datové

schránky, vždy ve formátu, struktuře a s údaji stanovenými správcem daně.² Pro mnoho daňových subjektů tak poprvé vyvstala povinnost učinit podání pouze elektronickou cestou, přičemž dříve možnosti elektronického podání vůbec neznaly. Ačkoliv z předmětného ustanovení vyplývala povinnost učinit podání pouze formou datové zprávy opatřené zaručeným elektronickým podpisem, dovodilo ministerstvo financí po vyhodnocení možných problémů, že lze akceptovat rovněž elektronické podání bez zaručeného elektronického podpisu za předpokladu splnění podmínky potvrzení takové datové zprávy do pěti dnů jiným způsobem. Ustanovení § 102 bylo novelizováno a s účinností od 1. dubna 2011 je výslovně umožněno podat souhrnné hlášení elektronickou cestou bez zaručeného elektronického podpisu, přičemž takové podání musí být potvrzeno daňovým subjektem ve lhůtě pro podání souhrnného hlášení za podmínek stanovených v daňovém řádu.³ Do zákona o dani z přidané hodnoty bylo tedy vloženo speciální procesní ustanovení pro podávání souhrnných hlášení oproti daňovému řádu.

S novelou zákona o dani z přidané hodnoty účinnou od 1. dubna 2011 přibyla další povinnost elektronických podání vůči správci daně. S rozšířením režimu přenesené daňové povinnosti dle § 92a zákona o dani z přidané hodnoty kromě dodání zlata také na zboží uvedené v příloze č. 5 k zákonu (je to např. kovový odpad či šrot přesně vymezený) byla uložena daňovým subjektům, které uskutečňují nebo přijímají zdanitelná plnění v režimu přenesené daňové povinnosti vést evidenci pro daňové účely a v souladu s § 92a odst. 6 pak výpis z této evidence předložit správci daně ve lhůtě pro podání daňového přiznání, opět ve formátu a struktuře stanovené správcem daně. Jelikož se jedná o zcela novou právní úpravu, bude k tomu vydán pokyn řady D, který závazný formát a strukturu stanoví, opět se bude jednat o formát XML za stanovených podmínek. Ačkoliv to v zákoně není stanoveno, implicitně ze znění tohoto ustanovení vyplývá, že půjde takové podání učinit pouze elektronickou cestou. Nejvíce využívanými možnostmi bude dle předpokladu jistě aplikace EPO pro podání se zaručeným elektronickým podpisem či bez něho, nebo datová schránka. Nic samozřejmě nebrání tomu, aby podání učinil daňový subjekt také na technickém nosiči dat přímo u správce daně. Vzhledem ke složitosti a nutnosti dostavit se osobně na podatelnu správce daně však toto využíváno zřejmě nebude.

4 Přínosy elektronických podání

² § 102 odst. 2 zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění účinném do 31. března 2011

³ § 102 odst. 2 zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění účinném od 1. dubna 2011

Přínosy elektronické komunikace daňového subjektu se správcem daně jsou relativně zřejmé. Nejdůležitějšími je jistě rychlost, snadnost a dostupnost učinit podání. Daňový subjekt může učinit podání v podstatě kdekoliv má přístup k internetu, za předpokladu, že má rovněž elektronický podpis nebo používá datovou schránku. Podání učiněné prostřednictvím datové schránky je doručeno dodáním do datové schránky správce daně a rovněž podání učiněné prostřednictvím aplikace EPO dorazí správci daně velmi rychle, i když zde již mírné zpoždění nastává z důvodů provádění kontrol podání a ověřování elektronického podpisu. Dalším faktorem je pak možnost učinit podání v kteroukoliv denní dobu. Daňový subjekt tak není vázán na úřední hodiny správce daně nebo na otevírací hodiny poštovního doručovatele. Pokud lhůta pro učinění podání má uplynout dnešním dnem, stačí, když učiní elektronické podání ve 23:59 h tohoto dne, přičemž podání osobně či poštovní zásilkou by již učinit nemohl. Dalším nesporným přínosem podání učiněného elektronickou cestou je jednoznačné potvrzení o učinění podání. V případě, že daňový subjekt učiní podání obyčejnou poštovní zásilkou, nemůže mít 100% jistotu, že podání správci daně dorazí a v případě, že by tomu tak nebylo, nemá prakticky žádný důkazní prostředek k prokázání opaku. V případě elektronického podání však vždy obdrží potvrzení o učiněném podání.

5 Nedostatky elektronických podání

Ačkoliv výše popsané možnosti elektronických podání představují snadný způsob komunikace daňových subjektů se správcem daně, v praxi nalezneme některé problémy, s nimiž se musí daňové subjekty nebo i správce daně potýkat a jejichž vyřešení by bylo vhodné za účelem dalšího rozvoje elektronické komunikace.

5.1 Právnícké osoby, u nichž právní úkon musí být učiněný více než jednou osobou

Komplikace s elektronickými podáními mají právnícké osoby, které mají stanovami či společenskou smlouvou stanoveno, že učinit právní úkon musí alespoň dvě osoby statutárního orgánu. V praxi se to vyskytuje zejména u společností s ručením omezeným, kdy jménem této osoby jedná nejmeně dva jednatele, nebo u akciových společností, kdy jedná nejmeně dva členové představenstva.

V těchto případech je použití datové schránky značně omezeno, neboť samotným odesláním podání z datové schránky není zaručena autentizace dvěma osobami. Vyplývá to z § 18 odst. 2 zákona o elektronických úkonech, podle něhož úkon učiněný osobou oprávněnou jednat za právníckou osobu prostřednictvím datové schránky má stejné účinky jako úkon učiněný písemně a podepsaný, ledaže jiný právní předpis nebo vnitřní předpis požaduje úkon více z uvedených osob. V takovém případě je nutné podepsat písemnost zasílanou datovou schránkou dvěma elektronickými podpisy, neboť "elektronický podpis je nutné použít tam, kde je v listinné

podobě vyžadován ověřený podpis, nebo tam, kde je nutné, aby dokument podepsalo více osob. Bude tedy nutný například u společností, jejichž stanovy vyžadují u dokumentů podpisy více členů statutárního orgánu."⁴

Rovněž učinit podání prostřednictvím aplikace EPO není v tomto případě snadnou záležitostí. Aplikace neumí prozatím připojit k elektronickému podání více elektronických podpisů. Jelikož se jedná primárně o technické omezení způsobené nedokonalostí aplikace, stanovil správce náhradní postup, jak učinit podání, které musí být podepsáno dvěma osobami. Zjednodušeně řečeno je nutné podání rozdělit ve dvou krocích na dvě podání a zaslat každé s jiným elektronickým podpisem.

Posledním a daňovými subjekty nejčastěji využívaným způsobem elektronického podání, neboť se jedná oproti ostatním způsobům o nejjednodušší postup, je pak možnost učinit podání prostřednictvím aplikace EPO bez zaručeného elektronického podpisu, přičemž potvrzení, např. e-tiskopis, je podepsáno osobami oprávněnými jednat za právnickou osobu a zasláno správci daně. Jak již vyplývá z výše uvedeného, každé podání učiněné elektronicky bez zaručeného elektronického podpisu, je svým charakterem „náhradní“ způsob podání, neboť ze své podstaty není plně elektronickým úkonem, když potvrzení vyžaduje buď osobní návštěvu správce daně či zaslání potvrzení poštou, což nese dodatečné náklady. Nutno však poznamenat, že bude ještě dlouhou dobu existovat velké množství daňových subjektů, které nebudou mít vlastní elektronický podpis a nebudou mít zřízenou datovou schránku. Pro ně pak zůstane jedinou možností učinit způsobem uvedeným v začátku tohoto odstavce.

Z důvodu existence nemalého množství právnických osob, jejichž jménem musí jednat více než jedna osoba (nejčastěji dvě), by bylo vhodné provést změny v zákoně o elektronických úkonech takovým způsobem, aby bylo zajištěno, že dokument odeslaný prostřednictvím datové schránky byl autorizován požadovaným počtem osob oprávněných jednat za právnickou osobu. Ačkoliv se jedná o složitou záležitost, jistě by mohlo být požadovaného dosaženo např. nutností přihlásit se do datové schránky více osobami, aby bylo umožněno zaslat datovou zprávu.

5.2 Lhůty pro potvrzení podání učiněného bez zaručeného elektronického podpisu

Odhlédneme-li od skutečnosti, že různé procesně právní předpisy upravují lhůtu pro potvrzení podání učiněného bez zaručeného elektronického podpisu odlišně – např. občanský soudní řád⁵ stanoví lhůtu 3 dny, zatímco

⁴ Právnická osoba zapsaná v OR, verze 1.0 [online]. 2011. [cit. 2011-04-20]. Dostupný na WWW: < <http://www.datoveschranky.info/mp-pravnicka-osoba/> >.

⁵ § 42 odst. 3 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů

správní řád⁶ stanoví shodně s daňovým řádem lhůtu 5 dnů, došlo s novelou zákona o dani z přidané hodnoty účinnou od 1. dubna 2011 k rozdělení lhůt i při správě daní.

Zatímco obecně je v § 71 odst. 3 daňového řádu stanovena povinnost potvrdit elektronické podání bez zaručeného elektronického podpisu do pěti dnů od podání elektronické zprávy, pro podání souhrnného hlášení byla v § 102 odst. 2 zákona o dani z přidané hodnoty stanovena speciální úprava, podle níž musí být takové podání potvrzeno ve lhůtě pro podání souhrnného hlášení. Dochází zde tedy k porušení 5denní obecné lhůty a učiní-li daňový subjekt podání souhrnného hlášení výrazně dříve před termínem pro jeho podání, má delší lhůtu pro potvrzení takové zprávy u správce daně. Právní úprava však vůbec nepočítá se skutečností, že daňový subjekt souhrnné hlášení v zákonné lhůtě nepodá a učiní je až po stanovené lhůtě. Poté tedy opět nastupuje aplikace obecné právní úpravy obsažené v daňovém řádu. Vzhledem k tomu, že s novelou zákona o dani z přidané hodnoty přibude nová povinnost zasílat výpisy z evidence pro daňové účely v souvislosti s režimem přenesené povinnosti, jak již bylo uvedeno výše, a u tohoto ustanovení není stanoveno žádné speciální pravidlo pro jejich podávání, použije se opět obecné pravidlo v daňovém řádu. Speciální ustanovení pro podání souhrnného hlášení je tak nekonceptním prvkem, který oproti předpokladům v důvodové zprávě k novele zákona o dani z přidané hodnoty, podle níž má dojít k usnadnění podání pro daňové subjekty, přinese spíše zmatení daňových subjektů, když u jednoho druhu podání bude existovat zcela nesystematická výjimka, přičemž u ostatních nikoliv. Bylo by tedy vhodné § 102 zákona o dani z přidané hodnoty při další novele upravit a výjimku odstranit, neboť se domnívám, že tolik předpokládaných přínosů mít nebude a pro daňové subjekty bude snazší používat jedno obecné pravidlo stanovené v daňovém řádu.

6 Závěr

Byly představeny jednotlivé způsoby elektronických podání, které v současné době daňový subjekt může použít pro podání v daňových záležitostech vůči správci daně, pomineme-li možnost učinit elektronické podání přinesením podání správcí daně na technickém nosiči dat, neboť se nejedná o dálkovou elektronickou komunikaci bez nutnosti navštívit správce daně, o které bylo především pojednáno.

Jak můžeme vidět, elektronická komunikace se rozvíjí, a to nejen na dobrovolné bázi, ale rovněž na povinnostní bázi, kdy je to již více než jeden rok, co byla ve správě daní zákonodárcem zavedena povinnost učinit podání pouze prostřednictvím datové zprávy. Z naznačeného lze usuzovat, že trend elektronizace při správě daní bude i nadále pokračovat a podání činěných

⁶ § 37 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

povinně v elektronické formě bude přibývat, i třeba jen u vybraných daňových subjektů. Mezi neoddiskutovatelné přínosy elektronické komunikace patří zejména rychlost komunikace, snížení nákladů, neboť v případě plně elektronického podání odpadá nutnost zaslání poštou, a dále rovněž časová úspora, kdy není nutné podání doručit osobně na podatelnu správce daně. Při elektronické komunikaci však dochází i k některým problémům, na něž bylo poukázáno, ať už se jedná o stanovení závaznosti formy a struktury datové zprávy pouhým pokynem, nebo o stanovení různých lhůt pro potvrzení datové zprávy bez zaručeného elektronického podpisu. V rámci těchto nedostatků byly rovněž navrženy úpravy *de lege ferenda*, které by mohly usnadnit elektronickou komunikaci se správcem daně a podpořit její další rozvoj.

Literature:

- Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu, ve znění pozdějších předpisů
- Nařízení vlády č. 495/2004 Sb., kterým se provádí zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu a o změně některých dalších zákonů (zákon o elektronickém podpisu), ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů
- Vyhláška č. 194/2009 Sb., o stanovení podrobností užívání a provozování informačního systému datových schránek, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů
- Česká daňová správa: Počty elektronických podání prostřednictvím aplikace EPO [online]. 2011. [cit. 2011-04-20]. Dostupný na WWW: <http://cds.mfcr.cz/cps/rde/xchg/cds/xsl/dane_elektronicky_416.html?year=0>.
- Právnická osoba zapsaná v OR, verze 1.0 [online]. 2011. [cit. 2011-04-20]. Dostupný na WWW: <<http://www.datoveschranky.info/mp-pravnicka-osoba/>>.

Contact – email

milbarta@seznam.cz

STAV A MOŽNOSTI ELEKTRONIZÁCIE VEREJNÝCH ZÁKAZIEK

RICHARD BUDZÁK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Meritom príspevku je spôsob postupnej elektronizácie zadávania verejných zákaziek. V príspevku sú opísané aktuálne možnosti použitia elektronickej komunikácie vo výberových konaniach a pozitíva a negatíva konkrétnych postupov. V ďalších kapitolách príspevku sú rozobraté možnosti elektronizácie v budúcnosti. V závere sa pojednáva o hlavnom subjekte elektronizácie, ktorým majú byť profesionálne subjekty poskytujúce zadávateľskú činnosť.

Key words in original language

elektronické zadávanie verejných zákaziek, zadávateľ, osoby zastupujúce zadávateľa

Abstract

The focal point of the article is the method of sequential eProcurement. Moreover I describe the current possibilities of usage of eProcurement in award procedures and the positives and the negatives of the particular method. In the following chapters I deal with the potential of eProcurement in the future. At the end of the article I discuss the main subject of eProcurement which is the person representing the contracting entity.

Key words

eProcurement, contracting entity, person representing the contracting entity

ÚVOD

Verejné zákazky v dnešnom ponímaní sú pomerne mladý inštitút, v ktorom ešte stále prebiehajú rozsiahle zmeny. Zákonodarca Českej republiky hľadá to správne nastavenie základných štruktúr a postupov, ktoré by boli najvhodnejším usporiadaním vzťahov v rámci verejných zákaziek. V súčasnosti môžeme pozorovať dve línie usporiadávania vzťahov vo verejných zákazkách. Prvú líniu môžeme sledovať na pôde Európskej komisie, ktorá vyvíja snahu o zlepšenie možností elektronického zadávania verejných zákaziek. To je aj meritom tohto príspevku. Druhú líniu môžeme sledovať na pôde parlamentu ČR, kde sa zákonodarca novelizáciami zákona č. 137/2006 Sb. snaží o lepšiu organizáciu zadávania verejných zákaziek. Elektronické zadávanie verejných zákaziek je všeobecne najdiskutovanejšou problematikou verejných zákaziek, riešenie sa snaží navrhovať napríklad

Európska komisia svojou zelenou knihou¹ a Ministerstvo pro místní rozvoj ČR stratégiou elektronizace veřejných zakázek².

Účel elektronizácie

Elektronizácia verejných zákaziek je nadstavbou aktuálneho zákonného usporiadania vzťahov v tomto odvetví. Terajšia zákonná úprava nie je schopná naplniť očakávania verejnosti smerom k transparentnosti zadávania verejných zákaziek. Len obrovské množstvo zákaziek malého rozsahu, ktorými zadávateľia prakticky obchádzajú zákon, (samozrejme chybou zákonodarcu) znemožňuje dosiahnutie transparentného nakladania s verejnými financiami. Cieľom elektronizácie zadávania verejných zákaziek sú mnohé konkrétne prvky a postupy. Hlavným zámerom je zvýšiť efektivitu nákupov štátu a efektivitu fungovania trhu verejných zákaziek. Elektronizácia verejných zákaziek smeruje aj k väčšiemu ideálu a tým je elektronizácia verejnej správy. Práve tu sa dostávame k problému. Nie je veľmi šťastným javom, že elektronizácia verejných zákaziek predbehla elektronizáciu verejnej správy. Z tohto dôvodu je veľmi ťažké čisto elektronicky zadávať verejné zákazky, keď verejná správa nie je schopná vydávať dokumenty preukazujúce splnenie kvalifikačných predpokladov v elektronickej forme. Pravdou je, že tento problém je z časti vyriešený novelou zákona o verejných zákazkách, ktorá zmenila preukazovanie kvalifikácie kópiami, a tak do ponuky uchádzača stačí priložiť kópie v elektronickej podobe a nevylučuje to prijímať celé ponuky v elektronickej podobe. Zákonodarca tiež prejavuje snahy o nasmerovanie kvalifikácie verejných zákaziek tak, že uchádzači budú namiesto celej kvalifikácie predkladať len čestné prehlásenie, že spĺňajú potrebnú kvalifikáciu, to je ale hudba asi dosť ďalekej budúcnosti. Celý účel elektronizácie je zastrešený environmentálnym cieľom – výmena papiera za systém elektronickej komunikácie.

Plusy elektronizácie

Elektronická forma zadávania a realizácie verejných zákaziek môže priniesť rozsiahle výhody. Asi najväčšou motiváciou k elektronizácii pre Európsku komisiu je integrácia trhu s verejnými zákazkami v priestore Európskej únie. Elektronizácia jednoznačne zľahčí prístup zahraničných spoločností do

¹ ZELENÁ KNIHA o rozšíreném využití elektronického zadávání veřejných zakázek v EU [online]. Brusel: Rada Evropské unie, vydáno 20. 10. 2010 [cit. 2011-04-30]. Dostupné z: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/cs/10/st15/st15215.cs10.pdf>

² Typová strategie elektronizace zadávání veřejných zakázek pro ústřední orgány státní správy a jejich resorty [online]. Praha: Ministerstvo pro místní rozvoj, Odbor veřejného investování, vydáno červen 2008 [cit. 2011-04-30]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/Uploads/Elektronicke-zadavani-verejnych-zakazek/Opatreni-J-2-1>

výberových konaní v ostatných štátoch Európskej únie. Elektronizácia zadávania taktiež zvýši transparentnosť, prehľadnosť a efektivitu zadávania verejných zákaziek. Je však nutné pri tomto bode pripomenúť, že formulárové oznámenia o zadaní verejnej zákazky v informačnom systéme verejnej správy, pripomína stav, ktorý bude po vyhlásení výberového konania pri elektronickom zadávaní verejnej zákazky. Okrem prístupu k zadávacej dokumentácii splňuje viac-menej tento formulár náležitosti prvého kroku elektronického zadania verejnej zákazky. Ďalším, už prebiehajúcim stavom, je, že nadlimitné verejné zákazky sa odosielajú do Úradného vестníku EU. Z toho všetkého podľa mňa vyplýva, že Európska únia má veľmi prehnané očakávania od elektronizácie verejných zákaziek, čo sa týka integrácie európskeho trhu. Vzhľadom nato, že aktuálne nie je skoro žiadna integrácia trhu na úrovni väčšinových zákaziek, a zákazky sú elektronicky oznamované, nadlimitné, dokonca aj na európskej úrovni, tak samotné prijímanie ponúk elektronicky určite nebude integrovať európsky trh s verejnými zákazkami na sto percent.

Aktuálne využívané možnosti elektronizácie

V súčasnosti zadávatelia využívajú niektoré elektronické formy verejných zákaziek, často využívaným inštitútom je elektronická aukcia. Problémom elektronických aukcií je ich malá použiteľnosť, čo sa týka predmetu verejnej zákazky. Jednak už zákon neumožňuje ich použitie na verejné zákazky na stavebné práce a služby, týkajúce sa duševného vlastníctva, ale ich najväčším obmedzením je praktická nevyužitelnosť na väčšinu predmetov verejných zákaziek. Reálne sa elektronické aukcie využívajú skoro iba na nákupy komodít neinvestičného charakteru, ako napríklad plynu, elektrickej energie, telekomunikačných služieb a kancelárskeho materiálu. Ďalším využívaným elektronickým inštitútom verejných zákaziek je dynamický nákupný systém. Dynamický nákupný systém sužujú podobné problémy ako elektronické aukcie. Ich ďalším spoločným úskalím je nutnosť začínať verejnú zákazku klasickým spôsobom, a preto tieto postupy nie sú schopné naplniť účely elektronizácie ako integráciu trhu Európskej únie a výmenu papiera za systémy elektronickej komunikácie. Ich prínosom je transparentný spôsob hodnotenia verejných zákaziek. Ale v prvom rade nejde o elektronické zadávanie verejných zákaziek. V týchto prípadoch prebieha klasické papierové výberové konanie, ktoré je zakončené až minimálnym elektronickým prvkom.

Kto vlastne zadáva verejné zákazky?

Osobne vidím veľký problém v postoji Európskej komisie, ale hlavne v postoji českého zákonodarcu a jeho ponímaní subjektu noriem zákonov súvisiacich s verejnými zákazkami. Zákonodarcom vytvorené normy, ale aj stratégie ministerstva pro místní rozvoj sú nasmerované na zadávateľov, čo je podľa môjho názoru chyba. Výskum obsiahnutý vo vyššie spomenutej stratégii ministerstva pro místní rozvoj, ktorý skúma úmysel zadávateľov

o elektronické zadávanie verejných zákaziek, je mylne postavený na predpoklade, že zadávateľ pri zadávaní verejnej zákazky má jasnú predstavu, že dostavbu škôlky chce zadať v užšom podlimitnom konaní za najprísnejších kvalifikačných podmienok. Ale v praxi to vyzerá tak, že zadávateľ chce napríklad dostavať škôlku a zistí, že musí zadať stavebné práce výberovým konaním podľa zákona o verejných zákazkách. Na základe tohto zistenia zadávateľ vyberie profesionálny subjekt, ktorý zaňho vykoná výberové konanie, a zároveň pripraví všetky postupy a dokumenty. Nanajvýš, tento subjekt, pripraví zadávateľovi varianty, z ktorých si zadávateľ vyberie jeden, väčšinou podľa odporúčania profesionálov. Väčšina zadávateľov ani nedisponuje dostatočným skúsenostným a informačným potenciálom na poňatie všetkých možných dôsledkov jednotlivých úkonov zadávateľa. Ministerstvo by sa malo zamerať na prax oproti zákonnej teórii a pôsobiť pri presadzovaní svojich záujmov na elektronizácii hlavne na subjekty prevádzajúce zadávateľskú činnosť pre zadávateľov. Samotný zadávateľ má väčšinou až minimálny vplyv na praktiky a postupy vo výberovom konaní. Zadávateľ sa zaujíma o cenu výberového konania a jeho správnosť, aby nebol napadnutý niektorý jeho úkon na ÚOHS. Inštitúty používané pri výberových konaniach ovplyvňujú subjekty, ktoré prevádzajú zadávateľskú činnosť pre zadávateľa, práve od nich závisí, či bude verejná zákazka zadávaná elektronicky alebo aspoň to, že ktoré z úkonov vykoná elektronicky. Zadávateľ si nástroj na elektronické zadávanie verejných zákaziek nepripraví sám, ale profesionálny subjekt, ktorý vykonáva veľké množstvo verejných zákaziek, si môže dovoliť investovať kapitál do elektronického nástroja, lebo pri jeho používaní sa mu môže vrátiť investícia už možno za jeden rok. Klasickému zadávateľovi by sa pri "pár" zákazkách za rok investícia do profesionálneho elektronického nástroja asi nevrátila.

Východiská elektronizácie

Najjednoduchším dosiahnutím elektronizácie verejných zákaziek je vytvorenie priaznivého prostredia pre profesionálne subjekty k zadávaniu verejných zákaziek pomocou systémov elektronickej komunikácie. V tomto procese vidím dve samostatné možnosti, pričom samozrejme najlepšou cestou by bola ich kombinácia. Prvou možnosťou je vytvoriť podmienky pre organizátorov výberových konaní zjemnením rozhodovacej praxe ÚOHS a judikatúry súdov, aby sa organizátori nemuseli báť, že pri najmenšom probléme s ich elektronickým nástrojom bude výberové konanie zrušené, a prípadne zadávateľ ešte dostane pokutu. ÚOHS musí dať jednoznačne najavo celej odbornej verejnosti, že v období zavádzania štátom preferovanej, elektronickej formy zadávania verejných zákaziek, bude braný zreteľ len na výrazné ovplyvnenie súťažného prostredia, a nie na jemnučkú nezrovnalosť v elektronických nástrojoch. Takto by mal ÚOHS postupovať v prípade, ak štát chce jednoznačne podporiť elektronické zadávanie verejných zákaziek. Ďalšou veľkou motiváciou pri klasickom "papierovom" zadávaní verejných zákaziek je to, že na poskytovaní a príprave papierových

dokumentov môže organizátor zarobiť prostriedky na výberové konanie na uchádzačoch, čo pri príprave a poskytovaní v elektronickej podobe nie je možné v tak veľkej miere. Preto by zákonodarca mal pripraviť možnosť pre organizátorov na zisk aj pri elektronickej zadávaní. Zákonodarca by napríklad mohol uzákoniť prípravu a poskytovanie zadávacej dokumentácie za úplatu na úkor uchádzača aj v elektronickej prostredí, a tak by organizátori neuprednostňovali klasické zadávanie verejných zákaziek a mohli prikrčiť k elektronickej. Spoplatnenie zadávacej dokumentácie je logickým a správnym krokom, pretože zadávateľ pripravuje obrovské množstvo vzorov a formulárov pre uchádzača. Uchádzač tak len dopĺňa svoje údaje do vzorov čestných prehlásení a vzorov bankových záruk a v poslednej rade do návrhu zmluvy plnenia verejnej zákazky čím robí prácu za uchádzačov.

Druhou, veľmi zaujímavou možnosťou na motiváciu organizátorov, by bolo vytvorenie profesionálnej komory až na úrovni advokátskej komory. V článku *Profesionalizace zadávání veřejných zakázek*³ zverejnenom v časopise *Veřejné zakázky* boli publikované rôzne názory smerujúce k profesionalizácii zadávania verejných zákaziek. Otvára sa aj radikálna možnosť vytvorenia komory až na advokátskej úrovni, ktorá by povinne združovala osoby zastupujúce zadávateľa pri splnení zákonných požiadaviek. Práve postup zákonodarcu, podľa tejto tézy, by mohol sprístupniť vstup do profesionálnej komory, len pri vlastníctve elektronickej nástroje na zadávanie verejných zákaziek, a takto by motivoval organizátorov výberových konaní k tvorbe elektronickej nástrojov. Druhý postup motivuje tvorbu, no nie používanie elektronickej nástrojov, ale už len existencia väčšieho počtu takýchto elektronickej nástrojov by určite výrazne prospela elektronickej zadávaniu verejných zákaziek. Práve kombinácia týchto dvoch postupov by zariadila tvorbu a využívanie elektronickej nástrojov v najväčšej možnej miere.

Záver

V závere by som chcel zhrnúť, že najväčším problémom verejných zákaziek všeobecne je príliš teoretický pohľad ministerstva a zákonodarcu na toto prostredie. Zákonodarca by určite mal posilniť postavenie osôb zastupujúcich zadávateľov a začať rátať pri upravovaní vzťahov vo verejných zákazkách práve s týmito osobami. V najlepšom prípade zákonodarca uzákoní vytvorenie špeciálnej komory pre tieto osoby podľa vyššie zmienených tendencií. Je nutné pripomenúť, že advokáti a notári nie sú správnymi osobami na zastupovanie zadávateľov. Klasický advokát nemá zázemie inžinierskych odborníkov, ktorí dokážu citlivo chápať predmet verejnej zákazky, a tak profesionálne subjekty zaoberajúce sa celým

³ HOMOLOVÁ, Štěpánka. *Profesionalizace zadávání veřejných zakázek*. Časopis *Veřejné zakázky*. 2011, roč. 2011, č. 1, s. 22-25. ISSN 1803-6724.

priebehom verejných zákaziek sú na túto prácu oveľa kvalitnejšie kvalifikované.

Literature:

BROŽ, Pavel. Elektronizace zadávání veřejných zakázek v ČR – přání a skutečnost. Časopis Veřejné zakázky. 2009, roč. 2009, č. 1, s. 23-25. ISSN 1803-6724.

Elektronické zadávání veřejných zakázek v evropském kontextu – je už načase odložit tužku a papír? [online]. Praha: Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o., vydáno 11.1.2011 [cit. 2011-04-30]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/elektronicke-zadavani-verejnych-zakazek-v-evropskem-kontextu-je-uz-nacase-odlozit-tuzku-a-papir-69769.html>

HOMOLOVÁ, Štěpánka. Profesionalizace zadávání veřejných zakázek. Časopis Veřejné zakázky. 2011, roč. 2011, č. 1, s. 22-25. ISSN 1803-6724.

PAČOVSKÁ, Tereza. Zadávání veřejných zakázek se zaměřením na elektronické zadávání [online]. 2008 [cit. 2011-04-30]. 62 s. Magisterská diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Dostupné z [www: http://is.muni.cz/th/107929/pravf_m/Diplomova_prace-Verejne_zakazky.pdf](http://is.muni.cz/th/107929/pravf_m/Diplomova_prace-Verejne_zakazky.pdf)

ŠTOHANZLOVÁ, Jana. Komparace listinného a elektronického zadávání veřejných zakázek. Časopis Veřejné zakázky. 2010, roč. 2010, č. 6, s. 16-19. ISSN 1803-6724.

Typová strategie elektronizace zadávání veřejných zakázek pro ústřední orgány státní správy a jejich resorty [online]. Praha: Ministerstvo pro místní rozvoj, Odbor veřejného investování, vydáno červen 2008 [cit. 2011-04-30]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/Uploads/Elektronicke-zadavani-verejnych-zakazek/Opatreni-J-2-1>

ZELENÁ KNIHA o rozšířeném využití elektronického zadávání veřejných zakázek v EU [online]. Brusel: Rada Evropské unie, vydáno 20. 10. 2010 [cit. 2011-04-30]. Dostupné z: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/cs/10/st15/st15215.cs10.pdf>

Contact – email

257352@mail.muni.cz

DORUČOVÁNÍ DO DATOVÝCH SCHRÁNEK - 2 ROKY POTÉ*

DAMIAN CZUDEK

Faculty of Law, Masaryk university, Department of Financial Law and
Economics, Czech republic

Abstract in original language

Článek se bude zabývat relativně novým institutem v českém právním řádu, a to doručováním prostřednictvím datových schránek, které byly zavedeny zákonem 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů. Příspěvek bude také poohlédnutím na fungování datových schránek a ne zplna dvouleté období od nabytí účinnosti výše zmíněného zákona.

Key words in original language

Datové schránky; doručování; elektronizace;

Abstract

The paper deals with relatively new institute in the Czech legal system - data boxes delivering. This system of delivering has been implemented by the Act No. 300/2008 Coll., on the electronic acts and the authorized document conversion, as amended. The paper has an ambition to be last two - year reflection of the data boxes era with possible propositions de lege ferenda.

Key words

Data boxes; delivering; electronisation;

* Článek vznikl v rámci realizace projektu „Poskytování informací ve veřejné správě se zaměřením na správu daní a elektronizaci výkonu veřejné správy“ z Programu rektora Masarykovy univerzity na podporu tvůrčí činnosti studentů.

1. ÚVOD

Zanedlouho uplynou dva roky od účinnosti zákona o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů¹, který byl jedním z dalších kroků v elektronizaci veřejné správy v České republice, neboť po přijetí zákona o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů², k revoluci ve veřejné správě, co se týče elektronické komunikace, nedošlo. Kromě konzervativnosti subjektů, jak fyzických tak právnických osob, ale také konzervativnosti na straně orgánů veřejné správy a jejich nepřipravenosti, jak dle mého odborné, tak hlavně technologické, neúspěch zapříčil také fakt, že elektronická komunikace, jelikož měla být zjednodušením a zlevněním jak pro tyto subjekty, ale také hlavně pro "stát", chyběla ekonomická motivace. Zákonodárce nevyužil možnosti zavést jakýkoli ekonomický stimul, např. ve formě slevy na dani v případě podávání daňových tvrzení on-line v elektronické formě - tím myslím Daňovou schránku a vyplňování informací přímo do systému nebo i emailem podepsaným zaručeným elektronickým podpisem s odpovídající přílohou v elektronické šabloně, tak aby správce daně nemusel otrocky podání daňového subjektu přepisovat, ale informace byly do jeho systému automaticky "překlopeny". Všechny orgány moci veřejné měly a mají ze zákona e-podatelnou, avšak počet elektronických podání zaostává za klasickou papírovou formou.

Byl proto nutný další krok v rozvoji e-governmentu. Další etapa velké reformy veřejné správy - elektronizace veřejné správy v souladu s dnešními trendy a potřebami jak státu, tak občanů, kde prvním a zásadním impulzem k legislativním změnám bylo Usnesení Vlády České republiky ze dne 20. září 2006 č. 1085, o souboru opatření pro urychlení rozvoje e-governmentu v České republice. Jeho výsledkem jsou mezi jinými již zmíněné datové schránky.³ Troufám si tvrdit, že se jedná o projekt, který nemá ve světě obdoby. Byla vytvořena platforma garantována a de facto provozována státem (Česká pošta, s.p.) jakožto obdoba ke klasickému doručování prostřednictvím držitele poštovní licence pro doručování elektronických zásilek. Samozřejmě primárním účelem, a to vyplývá i z důvodové zprávy k zákonu, je zde komunikace osob s úřady, ale jak sám zákonodárce později usoudil a tuto možnost do zákona později včlenil, datová schránka může od

¹ Zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů,

² Zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů,

³ Czudek. D., Chaloupecká K., in *COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2010, str.14*

1. 1. 2010 sloužit také jako platforma pro dodávání dokumentů fyzických osob, podnikajících fyzických osob a právnických osob navzájem.⁴

2. DATOVÁ SCHRÁNKA

O datových schránkách bylo napsáno již mnoho a není cílem tohoto článku se opakovat a popisovat obecně problematiku datových schránek. Autor se bude snažit o přiblížení dvou soudních rozhodnutí, která se týkají:

- doručování a změn zavedených výše citovaným zákonem, resp. jeho vztahu speciality k ostatním zákonům a potažmo způsobům doručování,
- a také problému, dovolím si to nazvat mezerou v zákoně, kterým okamžikem je doručeno orgánu veřejné moci.

Cílem úpravy, jak vyplývá z důvodové zprávy k zákonu o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, bylo především:

- vytvoření komunikační platformy - datových schránek;
- autorizovaná konverze dokumentu - obousměrná konverze dokumentů, tedy převod dokumentu z listinné podoby do podoby elektronické a naopak;
- přiznání takto převedenému dokumentu stejných právních účinků jakých požívá původní dokument a s tím také související zrovnoprávnění listinné a elektronické formy dokumentu,
- což má zajistit jednodušší, rychlejší, hospodárnější a zejména efektivnější doručování "písemností".⁵

Zastavím se především u zavedení institutu datových schránek, kde snahou bylo přiblížení úřadu k občanovi prostřednictvím elektronických nástrojů, zefektivnění komunikace mezi občanem a úřadem a komunikace mezi orgány veřejné moci. Pokud orgány veřejné moci efektivně využijí skutečnosti, že jim bude doručováno v elektronické formě, důsledkem navrhované úpravy rovněž bude zefektivnění práce s dokumenty v rámci jednotlivých orgánů.⁶

⁴ §2 odst.1. písm. c) zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů.

⁵ Czudek. D., Chalupěcká K., in *COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2010, str.14*

⁶ Důvodová zpráva k zákonu 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů,

3. AKTUÁLNÍ JUDIKATURA

Prvním zkoumaným rozhodnutím je rozsudek Nejvyššího správního soudu⁷, ve věci žalobce V.K. proti Krajskému úřadu Královehradeckého kraje, odboru dopravy a silničního hospodářství. Stěžejním je fakt, že dle stěžovatele - V.K. nebyl dodržen zákonný postup doručování písemnosti zakotvený v § 19 správního řádu⁸.

Základem celého sporu je skutečnost, že žalobce V.K. překročil povolenou rychlost o cca 60 km/h a rozhodnutím příslušného městského úřadu byl uznán vinným ze spáchání přestupku proti bezpečnosti a plynulosti provozu na pozemních komunikacích, za což mu byla uložena pokuta a zákaz činnosti spočívající v řízení všech druhů motorových vozidel na dobu 6 měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí.

Proti rozhodnutí městského úřadu stěžovatel řádně a včas podal odvolání ke Krajskému úřadu Královehradeckého kraje.

Meritum sporu tkví v tom, že jak jsem již uvedl výše, žalovaný - krajský úřad, při doručování rozhodnutí o odvolání nepostupoval v souladu s § 19 správního řádu, tj. nedoručoval prostřednictvím veřejné datové sítě do datové schránky, čímž dle stěžovatele nebyl dodržen zákonný postup při doručování. Rozhodnutí tak nemohlo nabýt právní moci.

Pro náležité zhodnocení jsou důležité následující skutečnosti, které vyplynuly ze správního spisu. Z protokolu o ústním jednání se stěžovatelem ze dne 6. 1. 2010 je patrné, že stěžovateli bylo sděleno obvinění z přestupku, byl seznámen se spisovou dokumentací a jeho zástupce se k věci vyjádřil. Na druhé straně citovaného protokolu správní orgán uvedl, že

„adresa pro doručování písemností je JUDr. T. B., ul. U. č. 684/6, 108 00 P. 10 a dále bereme na vědomí poučení dle správního řádu, že pokud si nevyzvedneme písemnost, adresovanou na shora uvedenou adresu, ve lhůtě 10 dnů ode dne, kdy byla písemnost připravena k vyzvednutí, tak se písemnost posledním dnem lhůty považuje za doručenu.“⁹

Následně dne 7. 1. 2010 zaslal městský úřad obecnému zmocněnci stěžovatele doklad o proškolení svědka K. do datové schránky. Je tak vidět, že jednal v souladu se správním řádem, že o existenci datové schránky věděl a ačkoli později tvrdil, že považoval poskytnutí adresy zástupce žalobce -

⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu, sp. zn. 1 As 90/2010 - 95.

⁸ Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen správní řád).

⁹ Nad rámec výkladu a zkoumané problematiky si dovoluji uvést, že Nejvyšší správní soud také v rozsudku dovodil, že "adresa pro doručování zvolená účastníkem řízení podle § 19 odst. 3 správního řádu nemůže vyloučit doručování prostřednictvím veřejné datové sítě do datové schránky, má-li adresát rozhodnutí datovou schránku zřízenou a zpřístupněnou".

dle vyjádření stěžovatele byl jeho zástupce pouze požádán o předložení občanského průkazu, jakožto požadavek na změnu zákonných způsobů pro doručování.

Rozhodnutí správního orgánu prvního stupně ze dne 8. 1. 2010 bylo zástupci stěžovatele zasláno prostřednictvím provozovatele poštovních služeb. Přípisem ze dne 27. 1. 2010 podal zástupce stěžovatele odvolání, které bylo odesláno rovněž prostřednictvím provozovatele poštovních služeb, to však dle mého názoru nemůže mít žádný dopad na skutečnost, že žalovaný měl doručovat v souladu se správním řádem do datové schránky. Soukromým osobám není uložena obligatorní povinnost využívání komunikace prostřednictvím datových schránek. Je pouze na jejich zvážení, zda je to pro něj výhodnější, zejména s ohledem na ekonomickou stránku a rychlost řízení.¹⁰

Dne 9. 2. 2010 správní orgán prvního stupně předložil spis k rozhodnutí o odvolání Krajskému úřadu Královéhradeckého kraje. Ten rozhodnutím ze dne 17. 2. 2010, odvolání zamítl. Citované rozhodnutí bylo doručeno zástupci stěžovatele prostřednictvím provozovatele poštovních služeb dne 24. 2. 2010. Toto rozhodnutí si zástupce stěžovatel převzal, tj. seznámil se s jeho obsahem a materiální stránka doručování byla tak naplněna.

Soud se však neztotožnil s názorem stěžovatele a judikoval, že jelikož byla naplněna materiální stránka doručení, tj. že adresát záslky byl seznámen s jeho obsahem, nemůže mít formální vada doručování za následek neplatnost rozhodnutí. S tímto se lze bezesbytku souhlasit, také s ohledem na argumentaci soudu, který se opřel o princip materiálního právního státu a racionálního uvažování, jenž vyplývá mimo jiné i z judikatury Ústavního soudu¹¹. K tomu trochu sarkasmu:

"Kéž by i úřady, ale i soudy (samozřejmě tam, kde to s ohledem na platné zákony lze) byly méně formalistické..."

Na straně jedné Nejvyšší správní soud konstatoval, že nelze přijmout formalistický přístup účastníků řízení, na straně druhé připomněl důležitost institutu doručování jakožto komunikačního prostředku, který slouží k seznámení účastníků řízení s určitými úkony provedenými orgány moci veřejné, tak, aby účastníci řízení nebyli dotčeni na svých právech, včetně práva přístupu k soudům.

¹⁰ § 18 odst. 1 zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů: "Fyzická osoba, podnikající fyzická osoba, právnická osoba MŮŽE ..."

¹¹ Srovnej nález sp.zn. Pl. ÚS 7/2000 ze dne 4.7.2000; dále nález sp.zn. ÚS 521/06 ze dne 21.2.2007.

Své stanovisko opřel také o závěry z odborné literatury, přičemž cituje zejména pasáže z komentáře Mackové a Štědroň:

„nebudou-li dodržena pravidla, resp. pořadí způsobů doručování, vyplývající z § 17 odst. 1 zákona č. 300/2008 Sb. a odpovídajících procesních předpisů (§ 19 správního řádu, vyvstává otázka platnosti takového doručení. Pokud adresát dokument v listinné podobě převezme, došlo tedy k faktickému doručení (adresát se s písemností seznámil), bylo sice doručováno formálně v rozporu se zněním relevantních právních předpisů, jiný způsob doručování však nemá vliv na průběh řízení a lze tedy konstatovat, že bylo doručeno platně. Tomuto názoru nasvědčuje i dikce ustanovení § 19 odst. 6, případně § 84 odst. 2 správního řádu. Pokud tedy bylo účastníkovi fakticky doručeno a on měl možnost s písemností se seznámit, nemůže namítat neplatnost doručení.“¹²

Na tomto místě by bylo zajímavé, jaké stanovisko by zaujal Nejvyšší správní soud, v případě doručení fikcí. Pokud by se soud plně ztotožnil s výše uvedenou citací komentáře, musel by konstatovat, že by v tomto případě nebylo doručeno řádně, neboť - a to bez přičinění adresáta, byla zvolena nesprávná forma, resp. prostředek pro doručování, a adresát se bez překážky na své straně s písemností neseznámil. Zde by zásadním způsobem došlo k zásahu do základních práv adresáta, zejména co do možnosti obrany (i soudní), s ohledem na plynutí lhůt.

Dále by bylo zajímavé zabývat se také otázkou úhrady zvýšených nákladů adresáta. Představme si situaci, že fyzická osoba, pro které je používání datových schránek fakultativní, si zřídí a zpřístupní datovou schránku - zejména s ohledem na hospodárnost a efektivnost řízení (student či zaměstnanec studuje či pracuje v místě odlehlém od svého trvalého bydliště). Tím předpokládá, že veškerá komunikace od orgánů veřejné správy bude probíhat touto cestou. Když ale dostane z místa trvalého bydliště avízo, že má na poště uloženou zásilku "s pruhem". Co asi udělá? Lekne se a pojede si ji při nejbližší příležitosti vyzvednout. Tím mu však vznikají nemalé náklady¹³. Kdo mu je však uhradí? Bude žalovat stát na nesprávný úřední postup?

...Zcela se zde vytrácí principy předvídatelnosti a legitimního očekávání, které neznamenají jen očekávání možného výroku, ale rovněž i standardnost veškerých úkonů a jiných činností orgánů veřejné moci.

¹² Macková, A., Štědroň, B. Zákon o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů s komentářem, včetně souvisejících zákonů a prováděcích předpisů. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2009. s. 81 - 82

¹³ I kdybychom uvažovali o přeposílce, také to není bez problémů a starostí. Je třeba na poštu volat žádat, přeposílat, chodit si vyzvednout. Stojí to čas a peníze.

Nejvyšší správní soud sice v odůvodnění rozsudku uvádí "nad rámec závěrů uvedených v rozsudku",

že "správní orgán je povinen doručovat písemnosti účastníků řízení prioritně prostřednictvím veřejné datové sítě do datové schránky, v případě, že ji má účastník řízení, resp. jeho zástupce zřízenou a zpřístupněnou. Teprve není-li možné doručit písemnost.."

Dle mého názoru mohl ještě soud připomenout, že se jedná o nemožnost objektivní, nezávislou na vůli orgánu moci veřejné. Toto není ale největším problémem. Rozsudek je v souladu se platným právem, tomu nelze nic vytknout, avšak z rozsudku také mimochodem vyplývá, že pokud se doručujícímu orgánu podaří jakýmkoli způsobem písemnost doručit, tak, aby byla naplněna materiální stránka doručení, můžou si orgány doručovat jakýmkoli způsobem a zcela ignorovat specialitu zákona o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů. Chybí zde totiž jakákoli sankce pro orgány moci veřejné - např. stěžovatelem požadovaná neplatnost vadně doručeného rozhodnutí. Nejsou ani naplněny základní cíle zmiňovaného zákona, jak je zmiňují v druhé kapitole tohoto článku.

Druhým rozhodnutím je usnesení Nejvyššího správního soudu¹⁴ ve věci žalobce SYMINT a.s. proti žalovanému: Krajský úřad Zlínského kraje... o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně.

Základem tohoto usnesení je fakt, že kasační stížnost byla Nejvyššímu správnímu soudu předložena s poznámkou, že není podána včas, proto se Nejvyšší správní soud zabýval nejdříve touto základní podmínkou řízení.¹⁵ Jak je možno již zde dovodit, Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že kasační stížnost byla podána opožděně, a proto byla odmítnuta.

Celý problém tkví ve skutečnosti, že ustanovení § 17 zákona o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů upravuje postup při doručování dokumentů orgány veřejné moci.¹⁶ Pro doplnění je třeba dodat, že musíme striktně rozlišovat mezi pojmy jako je odeslání, dodání a doručení. Tato úprava zakotvena v citovaném ustanovení, jak již

¹⁴ Usnesení Nejvyššího správního soudu sp.zn. 9 Afs 28/1010,

¹⁵ Kasační stížnost byla doručována v souladu se zákonem prostřednictvím datové schránky.

¹⁶ Dokument, který byl dodán do datové schránky, je doručen okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k dodanému dokumentu.

plyne ze samotného nadpisu¹⁷, ale hlavně z obsahu, se vztahuje pouze na doručování orgány moci veřejné¹⁸.

Pro úkony adresované orgánům veřejné moci, tj. i pro doručování, je zde § 18 citovaného zákona. Ten však úpravu okamžiku doručení podání do datové schránky neobsahuje, ačkoli to je pro adresáta velice podstatné, zejména s ohledem na běh lhůt a jejich dodržení. Jak soud správně dovodil, nelze podpůrně aplikovat ustanovení § 17 a vázat tak běh lhůt na činnost, či nečinnost orgánu veřejné moci, tj. okamžik, kdy se oprávněná osoba přihlásí nebo kdy nastane fikce doručení. Své rozhodnutí opřel podpůrně také o úpravu doručování prostřednictvím elektronických podatel.¹⁹

Nejvyšší správní soud se musel také vyrovnat se skutečností, že ustanovení § 18 předmětného zákona se vztahuje pouze na fyzické osoby, podnikající fyzické osoby a právnické osoby, tedy nikoliv jiné orgány veřejné moci vystupující v určitém vztahu v jiném postavení, nežli vrchnostenský úřad.

Souhlasím s názorem, ke kterému Nejvyšší správní soud dospěl logickým výkladem s využitím též judikatury Ústavního soudu²⁰, že pokud orgán veřejné moci činí úkony prostřednictvím datové schránky vůči soudu jako účastník řízení, musí být jeho úkony posuzovány dle stejných pravidel, jako u ostatních účastníků.

Lze tedy shrnout, že Nejvyšší správní soud zcela správně, logicky a v souladu se základními zásadami fungování právního státu dovodil, že

pokud orgán veřejné moci v postavení účastníka řízení doručuje soudu podání prostřednictvím datové schránky, považuje se toto podání za doručené okamžikem jeho dodání do datové schránky, nikoli až okamžikem

¹⁷ ...ačkoli samotný nadpis nemá normativní charakter.

¹⁸ § 17 zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů: "Doručování dokumentů orgánů veřejné moci prostřednictvím datové schránky"; odst. 1: "Umožňuje-li to povaha dokumentu, orgán veřejné moci jej doručuje jinému orgánu veřejné moci prostřednictvím datové schránky, pokud se nedoručuje na místě. Umožňuje-li to povaha dokumentu a má-li fyzická osoba, podnikající fyzická osoba nebo právnická osoba zpřístupněnu svou datovou schránku, orgán veřejné moci doručuje dokument této osobě prostřednictvím datové schránky, pokud se nedoručuje veřejnou vyhláškou nebo na místě. Doručuje-li se způsobem podle tohoto zákona, ustanovení jiných právních předpisů upravující způsob doručení se nepoužijí."

¹⁹ § 2 odst. 1 vyhlášky č. 496/2004 Sb. ...přijátá datová zpráva je považována za doručenou orgánu veřejné moci, pokud je dostupná elektronické podatelně provozované podle zvláštního právního předpisu.

²⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 21/96, ze dne 4. 2. 1997: "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, jež mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku..."

přihlášení oprávněné osoby do datové schránky, jak stanoví § 17 odst. 3 zákona č. 300/2008 Sb.

Je tak možné tento závěr zobecnit a konstatovat: "bude-li jakýkoli subjekt činit úkon vůči orgánu moci veřejné, tj. de facto podle § 18 citovaného zákona, okamžik dodání podání (dokumentu) do datové schránky je současně momentem doručení.

4. ZÁVĚR

Lze snad jen konstatovat, že oceňuji snahu českého státu o elektronizaci a posun v této oblasti směrem kupředu, který je nepochybně viditelný. Škoda jen, že některé kroky jsou nedomyšlené nebo jim občas chybí nástroj, někdy možná i vůle, jak svých, celkem ambiciózních a šlechetných cílů, dosahovat.

K prvnímu představenému rozhodnutí Nejvyššího správního soudu týkajícího se nesprávné formy doručování mohu uvést pouze jediné. Kéž by i orgány moci veřejné, samozřejmě tam, kde je to možné, byly méně formalistické a přistupovaly k občanovi tolerantněji, zbytečně jej neobtěžovaly, zejména pokud si mohou informace opatřit v rámci vlastní činnosti a veřejných rejstříků, a postupovaly v souladu s názorem Nejvyššího správního soudu, jak jej prezentuje v rozsudku:

"orgány aplikující právo musí při své činnosti postupovat tak, aby interpretační a aplikační problémy řešily s maximální mírou racionality."

Literature:

- Macková, A., Štědroň, B. Zákon o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů s komentářem, včetně souvisejících zákonů a prováděcích předpisů. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2009;
- Czudek. D., Chalupěcká K., in *COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2010*
- Nález sp.zn. Pl. ÚS 7/2000 ze dne 4.7.2000;
- Nález sp.zn. ÚS 521/06 ze dne 21.2.2007;
- Nález sp. zn. Pl. ÚS 21/96, ze dne 4. 2. 1997;
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu, sp. zn. 1 As 90/2010 - 95;
- Usnesení Nejvyššího správního soudu sp.zn. 9 Afs 28/1010;
- Zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů;

- Zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů;
- Důvodová zpráva k zákonu 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

Contact – email
damian@czudek.cz

AUTORIZÁCIA VSTUPU NA TRH S PLATOBNÝMI SLUŽBAMI

ĽUBOMÍR ČUNDERLÍK

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Katedra
obchodného, finančného a hospodárskeho práva, Slovenská republika

Abstract in original language

Recentná právna úprava poskytovania platobných služieb vytvára priestor pre interpretačné problémy s dôrazom na definovanie e-money a napĺňanie podmienok pri aplikácii licenčného procesu. Na príklade platobnej inštitúcie príspevok analyzuje nedostatok aktuálnej právnej úpravy autorizácie, a to aj v širšom kontexte iných finančných služieb, ktorých poskytovanie realizujú banky a obchodníci s cennými papiermi.

Key words in original language

platobné služby, poskytovateľ platobných služieb, povolenie na poskytovanie platobných služieb, platobné inštitúcie, inštitúcie elektronických peňazí, banky, obchodníci s cennými papiermi, zákon č. 492/2009 Z.z. o platobných službách, smernica č. 2007/64/ES o platobných službách na vnútornom trhu, bankové činnosti, investičné služby

Abstract

The article focuses on recent legal regulation of payment services, particular in context of licensing proceeding for granting authorization of payment institution. The quality of providing payment services depends on conditions which have to be fulfilled by the applicants for authorization. Within the scope of payment services attention has to be paid to investment services and banking operations.

Key words

Payment Services, Payment Service Provider, Authorization for Payment Services, Payment Institutions, Electronic Money Institutions, Banks, Stock Brokerage Firms, Act No 492/2009 Coll on Payment Services, Directive 2007/64/EC on Payment Services in Internal Market, Banking Operations, Investment Services

NOVÁ REGULÁCIA POSKYTOVANIA PLATOBNÝCH SLUŽIEB A ICH AUTORIZÁCIA

Počnúc 1. decembrom 2009 nadobudol účinnosť zákon č. 492/2009 Z.z. zo 4. novembra 2009 o platobných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len "zákon o platobných službách"). Týmto zákonom došlo k prebratiu európskej právnej úpravy poskytovania platobných služieb v smernici Európskeho parlamentu a Rady č. 2007/64/ES z 13. novembra 2007 o platobných službách na vnútornom trhu, ktorou sa menia, dopĺňajú a

zrušujú niektoré smernice (ďalej aj "smernica o platobných službách"; označovaná ako Payment Services Directive - PSD) a zrušeniu zákona č. 510/2002 Z.z. o platobnom styku a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.¹ Uvedená právna úprava komplexne zmenila oblasť platobného styku, pričom hotovostný platobný styk nie je jej predmetom a termín platobný styk vôbec nepoužíva, namiesto neho narába s termínom platobná služba.²

Podľa § 2 ods. 1 zákona o platobných službách sa platobnou službou rozumie:

- "a) vklad finančných prostriedkov v hotovosti na platobný účet a vykonávanie všetkých úkonov súvisiacich s vedením platobného účtu,*
- b) výber finančných prostriedkov v hotovosti z platobného účtu a vykonávanie všetkých úkonov súvisiacich s vedením platobného účtu,*
- c) vykonávanie platobných operácií vrátane prevodu finančných prostriedkov z platobného účtu alebo na platobný účet vedený u poskytovateľa platobných služieb 1. úhradou, 2. prostredníctvom platobnej karty alebo iného platobného prostriedku, 3. inkasom,*
- d) vykonávanie platobných operácií z úveru poskytnutého používateľovi platobných služieb 1. formou povoleného prečerpania platobného účtu, a to 1a. úhradou, 1b. prostredníctvom platobnej karty alebo iného platobného prostriedku, 1c. inkasom, alebo 2. formou úverového rámca prostredníctvom platobnej karty alebo iného platobného prostriedku,*
- e) poukazovanie peňazí,*
- f) vykonávanie platobných operácií, pri ktorých sa súhlas platiteľa s vykonaním platobnej operácie udeľuje prostredníctvom akéhokoľvek telekomunikačného zariadenia, digitálneho zariadenia alebo zariadenia informačných technológií a platba sa vykoná prevádzkovateľovi telekomunikácií, prevádzkovateľovi systému informačných technológií alebo siete, ktorý koná iba ako sprostredkovateľ medzi používateľom platobných služieb a dodávateľom tovaru a služieb,*

¹ Termín transpozície smernice v súlade s jej článkom 94 bol stanovený na 1. november 2009. Slovenská republika teda zmeškala účinnosť novej právnej úpravy o jeden kalendárny mesiac.

² Mám za to, že z takto chápanej konštrukcie platobnej služby vyplýva, že pojem platobný styk je širší (zahŕňa bezhotovostný aj hotovostný platobný styk), kdežto platobná služba je sprostredkovanou finančnou službou bezhotovostnou. Pozri článok 3 smernice o platobných službách, § 1 ods. 3 zákona o platobných službách. V tejto súvislosti sa v prechodných ustanoveniach v § 101 ods. 12 zákona o platobných službách ustanovuje, že kde sa v iných všeobecne záväzných právnych predpisoch používa pojem "platobný styk", rozumie sa tým pojem "platobné služby".

g) vydávanie alebo prijímanie platobnej karty alebo iného platobného prostriedku."

Súčasne sa v dôsledku prevzatia smernice rozlišuje šesť kategórií poskytovateľov platobných služieb. V zmysle § 2 ods. 3 zákona o platobných službách ide o nasledovné subjekty:

a) banka, zahraničná banka alebo pobočka zahraničnej banky, b) inštitúcia elektronických peňazí³, zahraničná inštitúcia elektronických peňazí alebo pobočka zahraničnej inštitúcie elektronických peňazí, c) poštový podnik, ak je podľa osobitného zákona oprávnený poskytovať platobné služby, d) platobná inštitúcia, zahraničná platobná inštitúcia alebo pobočka zahraničnej platobnej inštitúcie, e) Národná banka Slovenska, ak nekoná ako menový orgán alebo ak nejde o činnosti, ktoré sa týkajú zabezpečovania verejných potrieb, f) Štátna pokladnica, Exportno-importná banka SR, miestne orgány štátnej správy, obce a vyššie územné celky, ak sú podľa osobitného zákona oprávnené poskytovať platobné služby a ak nejde o činnosti, ktoré sa týkajú zabezpečovania verejných potrieb.⁴

Banky (vrátane stavebných sporiteľní) a inštitúcie elektronických peňazí neboli nútené prijatím novej právnej úpravy prelicencovať svoje činnosti, ktoré vykonávali do nadobudnutia účinnosti zákona o platobných službách.⁵ Do 1. decembra 2009 pôsobila na území SR skupina subjektov, ktorých činnosť bola totožná s poskytovaním platobných služieb. Časť z nich pôsobila ako držiteľia devízovej licencie na poskytovanie devízových peňažných služieb alebo ako držiteľia devízovej licencie na vykonávanie bezhotovostných obchodov s peňažnými prostriedkami, ktoré boli vydané pred účinnosťou zákona o platobných službách. Tieto subjekty boli povinné požiadať do 30. septembra 2010 Národnú banku Slovenska (NBS) o udelenie povolenia na poskytovanie platobných služieb podľa zákona o

³ Elektronické peniaze predstavujú peňažnú hodnotu v elektronickej forme, ktorá predstavuje peňažný záväzok poskytovateľa platobných služieb. Sú uchovávané na elektronickej zariadení a umožňujú používateľovi platobných služieb vykonávať platobné operácie aj u inej osoby ako u poskytovateľa platobných služieb, ktorý elektronické peniaze vydal. Elektronické peniaze možno vydať len na základe predchádzajúceho prijatia finančných prostriedkov najmenej vo výške vydaných elektronických peňazí. Prijaté finančné prostriedky, za ktoré poskytovateľ platobných služieb ihneď vydal elektronické peniaze, nie sú vkladom. (§ 80 ods. 2 a 3 zákona o platobných službách).

⁴ Obdobne v zmysle článku 1 smernice: a) úverové inštitúcie, b) inštitúcie elektronických peňazí, c) inštitúcie poštových podnikov, d) platobné inštitúcie, e) Európska centrálna banka, národné centrálné banky, f) členské štáty alebo ich regionálne alebo miestne orgány.

⁵ Pozri § 101 ods. 2, článok V bod 2., článok XI bod 26. zákona o platobných službách. U bánk sa v zmysle prechodných ustanovení považuje za bankovú činnosť novú "poskytovanie platobných služieb", ktoré tvorí obsahovú náplň bývalých bankových činností "tuzemské prevody peňažných prostriedkov", "cezhraničné prevody peňažných prostriedkov" a "vydávanie a správa platobných prostriedkov".

platobných službách⁶, inak ich devízová licencia zanikla dňom uplynutia tohto dátumu. Ak bola ich žiadosť podaná v lehote, ich devízová licencia zanikne až dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o podanej žiadosti. Do zániku svojich devízových licencií sú obidva typy subjektov oprávnení na základe týchto licencií poskytovať platobné služby.⁷ Pre všetkých spomenutých poskytovateľov platobných služieb platí, že sú povinní zosúladiť právne vzťahy podľa zákona o platobných službách do 28. februára 2010.⁸ Výnimkou z tejto zásady je ďalšia skupina subjektov, ktorých činnosť nebola do nadobudnutia účinnosti zákona o platobných službách tiež považovaná za činnosť poskytovateľov platobných služieb, pričom časť z nich nebola ani regulovaná a dohliadaná. Sú to právnické osoby, ktoré pred 25. decembrom 2007 začali vykonávať a vykonávajú činnosti porovnateľné s činnosťami platobnej inštitúcie. Ide o dva druhy osôb: právnické osoby, ktorých žiadny aspekt činnosti nebol doteraz regulovaný a dohliadaný (napr. spoločnosť Diners Club CS, s.r.o.) a už regulovaných obchodníkov s cennými papiermi (napr. RM-S Market, o.c.p., a.s.), ktorí realizujú spotové menové obchody bez toho, aby súviseli s poskytovaním investičných služieb (napr. s nákupom alebo predajom cenného papiera denominovaného v zahraničnej mene, na vlastný účet obchodníka s cennými papiermi). Zmienené dva druhy osôb môžu na území SR tieto činnosti vykonávať bez povolenia na poskytovanie platobných služieb do 30. apríla 2011, pričom na výkon ich činnosti sa dovtedy spravuje právnymi predpismi účinnými do 30. novembra 2009.⁹ Obchodníci s cennými papiermi, ktorí realizovali menové spoty, boli ticho tolerovanou skupinou, ktorá sa však s touto činnosťou od 1. decembra 2009, resp. od 1. mája 2011 dostáva pod reguláciu platobných služieb.¹⁰ Podľa nového

⁶ Prelicencovanie držiteľov devízových licencií na platobnú službu podľa § 2 ods. 1 písm. e) poukazovanie peňazí.

⁷ Pozri článok VII bod 19. zákona o platobných službách.

⁸ Pozri § 101 ods. 5 zákona o platobných službách.

⁹ Pozri § 101 ods. 8 zákona o platobných službách.

¹⁰ Na tento účel bol formulovaný § 77 ods. 2 zákona o platobných službách, ktorý osobitne vymedzil a rozvinul jednu z platobných služieb - "prevod finančných prostriedkov". Podľa § 77 ods. 2 zákona o platobných službách sa na účely vykonávania platobnej operácie platobnou inštitúciou prevodom finančných prostriedkov rozumie aj nákup alebo predaj finančných prostriedkov v jednej mene za finančné prostriedky v inej mene vykonávaný na pokyn platiteľa alebo príjemcu, daný platobnej inštitúciou na vlastný účet platobnej inštitúcie alebo na platobný účet používateľa platobných služieb, alebo sprostredkovanie takého prevodu; pri poskytovaní investičných služieb podľa zákona o cenných papieroch sa na takýto prevod povolenie na poskytovanie platobných služieb nevyžaduje. Skutočnosť, že ide o účelovú formuláciu, potvrdzuje nesystémové zaradenie uvedeného ustanovenia, a to do štvrtej časti zákona s označením "Platobná inštitúcia", ako aj konštrukcia viažúca sa na vykonávanie činnosti platobnou inštitúciou. Jednoznačne mal teda zákonodarcu v úmysle pokryť doteraz neregulovanú činnosť povolením na poskytovanie platobných služieb, a to činnosť obchodníkov s cennými papiermi. Obchodníci s cennými papiermi a správcovské spoločnosti, ktorí poskytujú investičné služby, vykonávajúci platobné operácie súvisiace napr. so správou cenných papierov vrátane ich predaja, nespádajú pod režim zákona o

ustanovenia § 54 ods. 7 zákona č. 566/2001 Z.z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch) v znení neskorších predpisov (ďalej len "zákon o cenných papieroch"), účinného od 1. decembra 2009, nesmie obchodník s cennými papiermi ani pobočka zahraničného obchodníka s cennými papiermi vykonávať pre iné osoby iné činnosti ako investičné služby s výnimkou sprostredkovania pre iné finančné inštitúcie v súlade s osobitným zákonom, vykonávania činnosti člena centrálného depozitára alebo vykonávania platobnej služby podľa zákona o platobných službách. V súlade s § 6 ods. 2 písm. d) sa vedľajšou službou rozumie vykonávanie obchodov s devízovými hodnotami, ak sú tie spojené s poskytovaním investičných služieb (obdobne písm. g) u derivátov). Obchodník s cennými papiermi teda po novom (od 1. mája 2011) môže realizovať menové spoty bez povolenia na poskytovanie platobných služieb len ak súvisia s (hlavnými) investičnými službami, ktoré sa poskytujú na základe jeho povolenia na poskytovanie investičných služieb. Inak sa táto činnosť bude považovať za poskytovanie platobnej služby podľa § 2 ods. 1 písm. c) v spojení s § 77 ods. 2 zákona o platobných službách, na ktorú musí mať udelené povolenie na poskytovanie platobných služieb. V takom prípade zákon o platobných službách pamätá na špecifiká licencovania a fungovania obchodníka s cennými papiermi v § 64 ods. 4 písm. h) a § 71 ods. 2.

PLATOBNÁ INŠTITÚCIA - NOVÝ SUBJEKT?

Z uvedeného výpočtu poskytovateľov platobných služieb možno konštatovať, že nová právna úprava zaviedla aj nový subjekt oprávnený na poskytovanie platobných služieb - platobnú inštitúciu. Na platobnú inštitúciu možno nahliadať jednak ako na právneho nástupcu držiteľov devízovej licencie na poskytovanie devízových peňažných služieb, držiteľov devízovej licencie na vykonávanie bezhotovostných obchodov s peňažnými prostriedkami, právnických osôb, ktorých činnosť nebola regulovaná a tých obchodníkov s cennými papiermi, ktorých činnosť nenapĺňala znaky vedľajšej investičnej služby podľa § 6 ods. 2 písm. d) (obdobne písm. g) u derivátov) zákona o cenných papieroch (t.j. vykonávanie obchodov s devízovými hodnotami, ktoré nie sú spojené s poskytovaním investičných služieb). Jednak ju možno vytvoriť ako novú právnickú osobu v zásade s právnou formou kapitálovej obchodnej spoločnosti. V tejto súvislosti stojí za zmienku, že zákon o platobných službách pozná pojem "povolenie na poskytovanie platobných služieb", kdežto smernica o platobných službách narába s pojmom "povolenie na výkon činností platobnej inštitúcie". Platobná inštitúcia je právnickou osobou so sídlom na území SR, ktorá je na základe udeleného povolenia na poskytovanie platobných služieb oprávnená poskytovať platobné služby. Na základe uvedeného zákon o platobných

platobných službách (§ 1 ods. 3 písm. i) zákona o platobných službách, obdobne článok 3 písm. i) smernice).

službách (v súlade so smernicou) nerozlišuje dvojstupňový licenčný proces (osobitné povolenie na vznik spoločnosti, osobitné povolenie na výkon činnosti). Napriek tomu zákon nad rámec smernice stanovil osobitnú podmienku, po splnení ktorej možno začať poskytovať platobné služby. O tejto podmienke sa ešte osobitne zmienim.

NIEKTORÉ KONTROVERZNÉ PODMIENKY NA UDELENIE POVOLENIA NA POSKYTOVANIE PLATOBNÝCH SLUŽIEB (RINGFENCING)

Podľa § 64 ods. 2 písm. b) zákona o platobných službách na udelenie povolenia na poskytovanie platobných služieb musí byť žiadateľom splnená o.i. podmienka splatenia peňažného vkladu do základného imania najmenej vo výške 20 000 eur, 50 000 eur, 125 000 eur v závislosti od rozsahu poskytovania platobných služieb. Podľa § 64 ods. 7 zákona o platobných službách musia byť podmienky na udelenie povolenia splnené nepretržite počas celej doby platnosti povolenia. Nakoľko ide o pomerne náročnú kapitálovú požiadavku, prirodzene sa natíska otázka, či je spoločnosť povinná udržiavať základné imanie v požadovanej minimálnej výške nepretržite, alebo iba k okamihu udelenia povolenia. Odpoveďou je nielen zmienený § 64 ods. 7, ale aj text smernice. V súlade s článkom 6 smernice základné imanie platobnej inštitúcie (nie žiadateľa) nesmie v žiadnom okamihu klesnúť pod minimálnu hranicu.¹¹

Ďalšou spornou oblasťou, ktorú zákon uspokojuivo nerieši, je aplikácia požiadaviek na zabezpečenie finančných prostriedkov¹² používateľov platobných služieb v rámci licenčného procesu u platobnej inštitúcie, ktorá má záujem poskytovať platobnú službu podľa § 2 ods. 1 písm. d) bod 2. v spojení s písm. g) zákona o platobných službách.¹³ Platobná inštitúcia nesmie prijímať vklady, a preto nemožno finančné prostriedky prijímané od jej klientov považovať za bankové vklady, ktoré spadajú pod právny režim ochrany vkladov podľa zákona č. 118/1996 Z.z. o ochrane vkladov a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.¹⁴ Podľa § 64 ods. 2 písm. p) zákona o platobných službách na udelenie povolenia na poskytovanie platobných služieb musí byť žiadateľom splnená podmienka

¹¹ Obdobne vlastné zdroje financovania nesmú klesnúť pod úroveň splateného peňažného vkladu do základného imania (§ 72 ods. 1 zákona o platobných službách, článok 7 smernice).

¹² Spolu s požiadavkami na vlastné zdroje sú označované v článku 87 smernice druhá zarážka ako tzv. "ringfencing".

¹³ Vykonávanie platobných operácií z úveru poskytnutého používateľovi platobných služieb formou úverového rámca prostredníctvom platobnej karty alebo iného platobného prostriedku a vydávanie alebo prijímanie platobnej karty alebo iného platobného prostriedku.

¹⁴ Napriek tomu, že sa platobnou inštitúciou prijaté finančné prostriedky nepovažujú formálne za vklad, z materiálneho hľadiska sa vkladu blížia. Pozri: Strnadel, D.: K návrhu novely zákona o platebním styku. In: Obchodněprávní revue, 1/2010, C.H.BECK, s. 24.

existencie systémov na ochranu finančných prostriedkov používateľov platobných služieb podľa § 77 ods. 7 a 8 tohto zákona. Splnenie tejto podmienky sa má preukazovať v zmysle § 1 ods. 13 opatrenia NBS č. 7/2009 z 1. decembra 2009, ktorým sa ustanovujú niektoré podrobnosti povoľovania na výkon činnosti a podnikania platobných inštitúcií a inštitúcií elektronických peňazí, predložením troch druhov dokumentov.¹⁵ Prílohou žiadosti o udelenie povolenia na poskytovanie platobných služieb je podľa § 64 ods. 4 písm. m) zákona o platobných službách aj opis opatrení prijatých na zabezpečenie finančných prostriedkov používateľov platobných služieb podľa § 77 ods. 7 a 8 tohto zákona. Podľa ustanovenia § 64 ods. 6 zákona o platobných službách NBS žiadosť o udelenie povolenia zamietne, ak žiadateľ nesplní alebo nepreukáže splnenie niektorej z podmienok v odseku 2, alebo nepredloží žiadosť s prílohami podľa odseku 4. Problém licenčného procesu spočíva v striktnej formulácii zákona "musí", "prílohou je", "ak žiadateľ nesplní, nepreukáže, nepredloží" všetko, čo po ňom zákon, resp. menované opatrenie vyžaduje. Podľa § 77:

"(7) Platobná inštitúcia nesmie finančné prostriedky prijaté od používateľov platobných služieb zlúčiť s finančnými prostriedkami prijatými od iných osôb, ako sú používatelia platobných služieb; takéto finančné prostriedky, ktoré neboli prevedené príjemcovi alebo inému poskytovateľovi platobných služieb do konca pracovného dňa nasledujúceho po dni prijatia, musí platobná inštitúcia uložiť na samostatný účet v banke alebo v pobočke zahraničnej banky alebo investovať do bezpečných, likvidných a nízkorizikových aktív.

(8) Ak platobná inštitúcia nepostupuje podľa odseku 7, je povinná mať uzatvorenú poisťnú zmluvu alebo inú porovnateľnú záruku poskytnutú poisťovňou, bankou alebo inštitúciou elektronických peňazí, ktorá nepatrí do rovnakej skupiny ako samotná platobná inštitúcia, do výšky sumy rovnajúcej sa finančným prostriedkom, ktoré by boli oddelené v prípade neexistencie takejto poisťnej zmluvy alebo inej porovnateľnej záruky splatnej, ak platobná inštitúcia nie je schopná plniť svoje finančné záväzky.

(9) Finančné prostriedky prijaté platobnou inštitúciou od používateľov platobných služieb netvoria súčasť majetku platobnej inštitúcie ani nepodliehajú výkonu rozhodnutia podľa osobitných predpisov a sú z neho vylúčené."

¹⁵ 1. Schválenej bezpečnostnej politiky pre oblasť bezpečnosti informačných systémov ako celku, a to vrátane tej časti, ktorú prevádzkuje iná platobná inštitúcia, 2. projektu zúčtovania finančných prostriedkov medzi používateľom platobných služieb, platobnou inštitúciou a ostatnými poskytovateľmi platobných služieb, 3. zmlúv žiadateľa o poskytovanie platobných služieb s inými poskytovateľmi platobných služieb o ich vzájomnej spolupráci v oblasti poskytovania platobných služieb.

Na základe citovaných ustanovení sa vyžaduje ako základný predpoklad ochrany finančných prostriedkov klienta skutočnosť, že budú platobnou inštitúciou prijaté. Ak však, ako som spomul vyššie, žiadateľ o udelenie povolenia má ambíciu poskytovať platobnú službu vykonávaním platobných operácií z úveru poskytovaného klientom formou úverového rámca prostredníctvom napr. platobnej karty, fakticky ani právne nedisponuje peňažnými prostriedkami svojho klienta.¹⁶ Finančné prostriedky je pritom možné poskytovať formou úveru len z vlastných zdrojov.¹⁷ Ako má potom zabezpečiť splnenie podmienky podľa § 64 ods. 2 písm. p) a predložiť prílohu podľa § 64 ods. 4 písm. m) zákona o platobných službách? Zákondarca zrejme s takouto situáciou nepočítal. Pripustiť môžeme jediný možný účel zmienených ustanovení, a to ochranu finančných prostriedkov, ktoré presahujú rámec záväzku dlžníka - klienta, teda situáciu, keď používateľ platobnej služby vráti viac finančných prostriedkov, ako bol povinný (bezdôvodné obohatenie).¹⁸ Tento prípad je však zriedkavý a množstvo finančných prostriedkov klienta takto prijatých platobnou inštitúciou by bolo neadekvátne k rozsahu zákonom garantovanej ochrany. Keď opomenieme bezdôvodné obohatenie, musíme racionálne uznať, že žiadateľ nemôže preukazovať to, čo v skutočnosti vykonávať nebude. Preto je podľa môjho názoru potrebné v rámci licenčného procesu postupovať primerane k povahe činnosti, ktorú bude žiadateľ (budúca platobná inštitúcia) vykonávať a v závislosti od toho upraviť legislatívne znenie § 64 ods. 2 zákona o platobných službách na primeranú aplikáciu všetkých podmienok (obdobne aj § 64 ods. 4). Nie je možné aplikovať ich na všetky platobné inštitúcie. Bez ohľadu na rigidné formulácie týchto ustanovení je však paradoxne možné aplikovať § 1 ods. 13 spomenutého opatrenia NBS, nakoľko ide o všeobecné garancie bezpečnosti systému platobnej inštitúcie. Dôležité je tiež analyzovať sporné ustanovenia v kontexte smernicovej úpravy. Smernica o platobných službách upravuje požiadavky na

¹⁶ Zmluvou o úvere sa veriteľ - platobná inštitúcia zaväzuje, že na požiadanie (výber platobným prostriedkom) dlžníka - užívateľa platobnej služby poskytne v jeho prospech peňažné prostriedky do určitej sumy, a dlžník sa zaväzuje poskytnuté peňažné prostriedky vrátiť a zaplatiť za ne úroky (§ 497 Obchodného zákonníka). Na základe uvedeného klient získava do vlastníctva finančné prostriedky formou úveru až ich reálnym poskytnutím platobnou inštitúciou, nie podpisom zmluvy o úvere. Do vyčerpania dohodnutého úverového rámca má klient pohľadávku na majetkové plnenie zo strany platobnej inštitúcie, ktorá zodpovedá záväzku veriteľa poskytnúť na požiadanie peňažné prostriedky.

¹⁷ Platobná inštitúcia môže poskytnúť úver, ak o. i. sa neposkytuje z finančných prostriedkov prijatých na účel vykonania platobnej operácie (§ 77 ods. 5 písm. c) zákona o platobných službách). Tento normatívny príkaz je v súlade s § 3 ods. 2 zákona č. 483/2001 Z.z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (t.j. bez bankového povolenia nemôže nikto poskytovať úvery a pôžičky v rámci predmetu svojho podnikania alebo predmetu inej svojej činnosti, z návratných peňažných prostriedkov získaných od iných osôb).

¹⁸ Finančné inštitúcie (napr. Diners Club CS, s.r.o.) potom v najbližšej výzve na zaplatenie inej dlžnej sumy zohľadnia predchádzajúcu vyššiu platbu klienta a tomu zodpovedajúc znížia svoju pohľadávku.

zabezpečenie finančných prostriedkov v článku 9. V jeho zmysle sa prednostne povinnosť zabezpečenia finančných prostriedkov prijatých platobnou inštitúciou vzťahuje na tú platobnú inštitúciu, ktorá okrem poskytovania platobných služieb zároveň vykonáva iné obchodné činnosti.¹⁹ Smernica však umožňuje národnú voľbu (ktorú využila aj SR), aby členské štáty požiadavku zabezpečenia finančných prostriedkov rozšírili na všetky platobné inštitúcie.²⁰ Aj z tohto dôvodu sa mi javí ako opodstatnené, aby sa zabezpečila "primeranosť" v rámci posudzovania splnenia kritérií na udelenie povolenia na poskytovanie platobných služieb.

LICENČNÝ PROCES VO SVETLE USTANOVENÍ § 64 ODS. 8 A 9 ZÁKONA O PLATOBNÝCH SLUŽBÁCH

Podľa § 64:

"(8) Platobná inštitúcia je povinná pred začatím poskytovania platobných služieb hodnoverne preukázať NBS technickú, organizačnú a personálnu pripravenosť na riadny a bezpečný výkon poskytovania platobných služieb, existenciu funkčného, účinného a obozretne fungujúceho riadiaceho a kontrolného systému platobnej inštitúcie.

(9) Výkon činností uvedených v povolení môže platobná inštitúcia začať len na základe písomného oznámenia NBS o splnení podmienok podľa odseku 8."

Citované ustanovenia zakotvujú osobitnú podmienku, po splnení ktorej možno začať poskytovať platobné služby. Ide o časové obdobie nasledujúce po udelení povolenia na poskytovanie platobných služieb. Platobná inštitúcia do doručenia písomného oznámenia NBS nemôže poskytovať platobné služby, na ktoré jej už bolo udelené povolenie. De facto ide o druhý stupeň licenčného procesu, a to druhý stupeň, ktorým sa "povoľujú" činnosti už vzniknutej platobnej inštitúcie s právoplatným povolením. Z hľadiska predpokladov "ostrej" prevádzky platobnej inštitúcie možno tvrdiť, že sa tým vytvára priestor pre doladenie technických, organizačných a personálnych podrobností fungovania spoločnosti. Tá sa v postavení žiadateľa v licenčnom konaní pred udelením povolenia dostáva do neistoty, či konanie o udelenie povolenia skončí úspešne, alebo dôjde k zamietnutiu jej žiadosti. V druhom prípade by totiž pre ňu bolo redundantné splniť svoje záväzky vyplývajúce z už uzavretých pracovných, nájomných alebo

¹⁹ Znenie článku 9 ods. 1 smernice: "Členské štáty alebo príslušné orgány požadujú, aby platobná inštitúcia, ktorá poskytuje niektorú z platobných služieb uvedených v prílohe a zároveň vykonáva iné obchodné činnosti uvedené v článku 16 ods. 1 písm. c), zabezpečovala finančné prostriedky prijaté od užívateľov platobných služieb alebo prostredníctvom iného poskytovateľa platobných služieb na účel vykonania platobných transakcií tak, že ...".

²⁰ Článok 9 ods. 3 smernice.

kúpnych zmlúv, ktorými by sa zaviazala ešte pred udelením povolenia. Smernica o platobných službách viaže oprávnenie na poskytovanie platobných služieb na získanie povolenia na výkon činnosti platobnej inštitúcie (článok 10 ods. 1 smernice), teda na právoplatnosť udeleného povolenia a náš národný inštitút podmienovacej notifikácie nepozná. Smernica upravila otázku udelenia povolenia, lehoty na jeho vydanie alebo na zamietnutie žiadosti a odňatia povolenia. Pritom povolenie je individuálnym právnym aktom, ktorý má formu rozhodnutia, má zákonom stanovené náležitosti a ustanovuje práva a povinnosti účastníka konania. Je výsledkom osobitného administratívnoprávneho konania pred NBS. Má teda svoju právnu silu vychádzajúcu z charakteru rozhodovacej činnosti NBS, ktorá je procesnoprávne upravená zákonom 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 nad finančným trhom"). Rozhodnutím o udelení povolenia by malo byť deklarované, že žiadateľ splnil podmienky nevyhnutné na komplexný výkon povoľovanej činnosti. Hoci by logicky malo mať konštitutívne účinky, z dôvodu existencie § 64 ods. 9 tieto účinky podmieňuje oznámenie NBS, nie nadobudnutie právoplatnosti rozhodnutia (resp. jeho zápis do obchodného registra). Oznámenie pritom nemá formu rozhodnutia, ani zákonom stanovené náležitosti. Povolenie sa udelí, ak žiadateľ preukáže splnenie smernicou (zákonom) kladených podmienok a ak celkové hodnotenie príslušných orgánov po preskúmaní žiadosti je kladné. Povolenie je platné vo všetkých členských štátoch a umožňuje príslušnej platobnej inštitúcii poskytovať platobné služby v celom Spoločenstve buď na základe slobody poskytovať služby, alebo slobody usadiť sa (článok 10 ods. 9 smernice). Ak sa rozhodne spoločnosť takto notifikovať svoje činnosti v zahraničí, vzniká otázka, či je oprávnená vzhľadom na znenie nášho zákona vykonávať povolenú činnosť cezhranične skôr, ako získa oznámenie NBS. Keďže § 64 ods. 9 zákona o platobných službách hovorí všeobecne o okamihu vzniku oprávnenia na výkon povolenej činnosti, možno konštatovať, že je v tomto prípade irelevantné, či je miestom výkonu povolenej činnosti SR alebo iný členský štát Európskeho hospodárskeho priestoru. Iný členský štát (napr. ČR) však obmedzenie v zmysle nášho zákona poznať nemusí, preto je namieste názor, či nejde o nedovolené prekročenie transpozičného rámca smernice o platobných službách, čiže o nesprávnu transpozíciu. "Pre smernicu je charakteristické, že je záväzná pre každý členský štát, ktorému je určená, pokiaľ ide o výsledok, ktorý sa má dosiahnuť."²¹ Iste by bolo zaujímavým stanovisko Súdneho dvora EÚ v tejto veci, pokiaľ by sa dotknutá platobná inštitúcia v SR domáhala svojich práv aktívne pôsobiť cezhranične alebo doma bez ďalšieho obmedzenia zo strany notifikácie NBS. Ako som už naznačil, smernica sa použije na zblížovanie právnych predpisov, keď na

²¹ Kalesná, K.-Hruškovič, I.-Ďuriš, M.: Základy európskeho práva. Bratislava: VO PraF UK, 2008, s. 102.

harmonizáciu práva stačí dosiahnutie stanoveného cieľa.²² V prípade smernice o platobných službách je jej cieľ (želaný výsledok) zakotvený v úvodných ustanoveniach, pritom sa nikde nespomína osobitná podmienka v zmysle nášho zákona.²³ Na základe toho je pravdepodobné, že na stanovenie osobitnej podmienky na začatie vykonávania činnosti v podobe notifikácie NBS by Súdny dvor EÚ nahliadal ako na porušenie komunitárneho práva v dôsledku nesprávnej transpozície (transpozičné pochybenie) a Európska komisia by zahájila neformálne konanie o porušení Zmluvy o fungovaní EÚ podľa článku 258 (bývalý článok 226 Zmluvy o založení ES), resp. porušenie sekundárneho komunitárneho práva (smernice) - infringement proceeding.²⁴ V prípade rozporu vnútroštátnej normy s európskym právom zásada prednosti pritom nespôsobuje neplatnosť vnútroštátnej normy, ale jej praktickú neaplikovateľnosť.²⁵

Okrem toho je neprehliadnuteľná aj skutočnosť, že odsek 9 nepredpokladá aktivitu ani na jednej zo zainteresovaných strán - NBS či platobnej inštitúcie, ani neustanovuje lehotu, v ktorej sa má oznámenie vydať, prípadne odkedy sa taká lehota počíta. Z odseku 8 síce vyplýva preukazovacia povinnosť platobnej inštitúcie, ale nie je jasné, či je tak na podnet NBS alebo bude konať z podnetu vlastného. Uvedený notifikačný proces by mohol mať význam jedine počas priebehu licenčného konania, no azda by bolo jednoduchšie zakomponovať ho priamo do jednej z podmienok na udelenie povolenia, napr. pod § 64 ods. 2 písm. j), l) a m) zákona o platobných službách.²⁶

Osobitná podmienka na zahájenie výkonu už povolenej činnosti je ustanovená aj pre inštitúcie elektronických peňazí (§ 82 ods. 9 zákona o platobných službách), banky (§ 7 ods. 5 zákona o bankách) a obchodníkov s cennými papiermi (§ 55 ods. 8 zákona o cenných papieroch). Z hľadiska poňatia právnej úpravy celého finančného trhu nie je táto problematika jednotná, pretože obdobnú podmienku nenachádzame v sektore

²² Kalesná, K. - Hruškovič, I. - Ďuriš, M.: Základy európskeho práva. Bratislava: VO PraF UK, 2008, s. 113.

²³ Podľa recitálu 60 smernice je cieľom smernice zriadenie jednotného trhu platobných služieb. Podľa recitálu 14 druhá veta smernice: "S cieľom zabezpečiť rovnaké zaobchádzanie by členské štáty nemali uplatňovať na platobné inštitúcie žiadne iné požiadavky než tie, ktoré sú uvedené v tejto smernici."

²⁴ Lysina, P.: Konanie podľa článku 226 Zmluvy o založení ES. In: Fenomén judikatury v právu. Sborník z konferencie ODPMP 2009. Praha: Leges, 2009, s. 244 - 249.

²⁵ Rohal' Il'kiv, M.: Vybrané aspekty prednosti európskeho práva pred právom národným. In: Perspektívy vývoja európskej integrácie - právne aspekty. Bratislava: VO PraF UK, 2007, s. 232.

²⁶ Porovnaj článok 5 (taxatívny výpočet dokladov na preukázanie splnenia podmienok) a článok 10 ods. 4 smernice.

poistovníctva, dôchodkového sporenia, kolektívneho investovania ani regulovaných trhov.²⁷

Skúmanie podmienok § 64 ods. 8 sa v praxi realizuje tzv. previerkou pripravenosti, ktorú nepozná zákon o platobných službách ani zákon o dohľade nad finančným trhom. Zákon o dohľade nad finančným trhom vytvára procesný priestor pre realizáciu previerky pripravenosti v rámci inštitútu miestnej obhliadky (§ 17 ods. 5), ktorá je jedným z nástrojov vedenia konania pred NBS. Preto by bolo vhodnejšie - ako som už vyššie uviedol - skúmať preukázanie podmienok v odseku 8 v rámci licenčného procesu. Napokon, v záujme právnej istoty, je možné už aj v súčasnosti pristúpiť k ďalšiemu riešeniu, ktoré umožňuje všeobecný procesný predpis, a to k preklopeniu podmienok z odseku 8 do rozhodnutia samotného, bez ohľadu na to, či sa v návrhu novely zákona o platobných službách bude počítať s vypustením § 64 ods. 8 a 9. Podľa § 27 ods. 2 zákona o dohľade nad finančným trhom sa môže rozhodnutie NBS viazať aj na splnenie podmienok, ktoré sa uvedú vo výroku rozhodnutia. Splnenie takých podmienok sa potom preukazuje NBS v lehote určenej NBS. V zmysle uvedeného ustanovenia zákona o dohľade nad finančným trhom NBS rozhodnutie zruší, ak splnenie podmienok v ňom uvedených nie je v určenej lehote preukázané. Ide teda o oporu priamo v individuálnom právnom akte, ktorá poskytuje právnu istotu pre NBS aj účastníka konania. Paradoxne sa s obdobou tohto ustanovenia stretávame práve v zákonoch regulujúcich tie sektory finančného trhu, ktoré nepoznajú druhý stupeň licenčného procesu (spomenuté poistovníctvo, dôchodkové sporenie, atď.)²⁸, avšak je podchytené aj v § 65 ods. 3 zákona o platobných službách.

Na záver považujem za potrebné v tejto súvislosti uviesť ešte dva súčasné konkrétne praktické dôsledky existencie § 64 ods. 8 a 9 zákona o platobných službách, ktoré majú substantný vplyv na existenciu platobnej inštitúcie. Prvým je problematika aplikácia vo vzťahu k spoločnostiam, ktoré už pred 1. decembrom 2009 vykonávali činnosti obsahovo totožné s poskytovaním platobných služieb a zákon o platobných službách im ustanovil povinnosť licencovania sa podľa jeho ustanovení. Ide o vyššie menovaných držiteľov devízovej licencie na poskytovanie devízových peňažných služieb, držiteľov devízovej licencie na vykonávanie bezhotovostných obchodov s peňažnými prostriedkami, právnické osoby, ktorých žiadny aspekt činnosti nebol regulovaný a dohliadaný a obchodníkov s cennými papiermi, ktorí vykonávali devízové obchody samostatne od investičných služieb. Všetky z

²⁷ Subjekty týchto sektorov môžu začať vykonávať povolenú činnosť po momente zápisu obsahu príslušného povolenia do obchodného registra.

²⁸ Napríklad podľa § 50 ods. 3 zákona č. 43/2004 Z.z. o starobnom dôchodkovom sporení a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov: "Povolenie na vznik a činnosť dôchodkovej správcovskej spoločnosti môže obsahovať aj podmienky, ktoré musí dôchodková správcovska spoločnosť splniť pred začatím výkonu povolenej činnosti."

nich musia požiadať NBS o udelenie povolenia na poskytovanie platobných služieb, a teda sa stávajú aj platobnou inštitúciou, resp. získavajú jej status (na rozdiel napr. od dôchodkových správcovských spoločností súčasťou obchodného mena platobnej inštitúcie nie je povinne takéto jej označenie, keďže môže vykonávať aj inú obchodnú činnosť). Vyvstáva otázka, čo nastane, ak sa takýmto už existujúcim spoločnostiam povolenie udelí, no do doručenia oznámenia NBS nebudú môcť pokračovať vo výkone svojej už zabehnutej činnosti, teda na príklade posledných dvoch typov subjektov v období od 1. mája 2011. Mám za to, že je nutné takú situáciu riešiť ústretovým krokom zo strany NBS tak, aby sama iniciovala previerku pripravenosti včas a za primeraného zohľadnenia už jestvujúcich a fungujúcich technicko-realizačných mechanizmov týchto spoločností. Druhým praktickým dôsledkom je situácia, ak NBS oznámenie nevydá v lehote, v ktorej musí platobná inštitúcia začať vykonávať povolenú činnosť (12 mesiacov odo dňa právoplatnosti povolenia). Ide o jeden z dôvodov na odobratie povolenia, ku ktorému môže NBS siahnuť.²⁹ Tomuto oprávneniu NBS zodpovedá povinnosť platobnej inštitúcie v prípade uplynutia predpísanej lehoty požiadať NBS o zmenu alebo vrátenie povolenia.³⁰ Logicky by sme mohli tvrdiť, že by sa nemalo stať, aby sa lehota na začatie výkonu činnosti "prešvihla", ale potenciálne riziko tu stále existuje, pokiaľ zostáva nezmenené ustanovenie § 64 ods. 8 a 9 zákona o platobných službách. Aj tu by mala hrať hlavnú rolu NBS, ktorá by v prvom rade mala dbať na plynutie lehôt a včas zasiahnuť z vlastnej iniciatívy, aj keď jej to zákon v zmienených ustanoveniach neprikazuje.

ZHODNOTENIE A ZÁVER

V príspevku som si predsavzal poukázať na niektoré podstatné hmotnoprávne a procesnoprávne nedostatky súčasnej regulácie poskytovania platobných služieb v kontexte skúmania plnenia požiadaviek povoľovacieho konania zo strany účastníka konania, ktorý má záujem pôsobiť ako platobná inštitúcia. Domnievam sa, že najzávažnejším legislatívnym pochybením, spôsobujúcim značné aplikačné problémy, je okrem rigidne nastaveného "ringfencingu" v národnej legislatíve SR predovšetkým ustanovenie § 64 ods. 8 a 9 zákona o platobných službách. Len adekvátny aplikačný postoj NBS a ochota komunikovať zo strany trhu s platobnými službami môže spoločne uvedené problémy vyriešiť k vzájomnej spokojnosti, a to za účelom zachovania dôveryhodnosti v transparentnosť trhu a zamedzenia potenciálneho AML/CTF.

²⁹ Po nadobudnutí právoplatnosti rozhodnutia o odobratí povolenia je NBS povinná podať bez zbytočného odkladu príslušnému registrovému súdu návrh na zrušenie a likvidáciu platobnej inštitúcie a na vymenovanie likvidátora. Osobitne to rezonuje najmä v situáciách, ak spoločnosť neposkytuje iba platobné služby, ale vykonáva aj iné obchodné činnosti.

³⁰ Pozri § 67 ods. 2 písm. d) a ods. 4 zákona o platobných službách.

Literature:

- Kalesná, K. - Hruškovič, I. - Ďuriš, M.: Základy európskeho práva, Bratislava: VO PraF UK, 2008, 180, ISBN 80-7160-224-8
- Lysina, P.: Konanie podľa článku 226 Zmluvy o založení ES. In: Fenomén judikatury v právu. Sborník z konferencie ODMP 2009, Praha: Leges, 2009, 464, ISBN 978-80-87212-29-5
- Rohal' Il'kiv, M.: Vybrané aspekty prednosti európskeho práva pred právom národným. In: Perspektívy vývoja európskej integrácie - právne aspekty, Bratislava: VO PraF UK, 2007, 299, ISBN 978-80-7160-233-0
- Strnadel, D.: K návrhu novely zákona o platebním styku. In: Obchodněprávní revue, 1/2010, C.H.BECK, 23-26, ISSN 1803-6554

Contact – email

lubomir.cunderlik@flaw.uniba.sk

DOSTĘP DO INFORMACJI O PRZEDSIĘBIORCY W ŚWIELE EWOLUCJI SYSTEMU LEGALIZACJI DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ W POLSCE

MACIEJ ETEL, URSZULA ETEL

University of Białystok, Faculty of Law, Poland

Abstract in original language

Niezależnie od podstawowej funkcji ewidencjonowania działalności gospodarczej, czyli legalizacji (kreacji) przedsiębiorcy, celem rejestracji jest również zagwarantowanie dostępu do informacji o podmiotach wykonujących działalność gospodarczą na terytorium RP. Niestety aktualne gwarancje dostępu do informacji, sformułowane w ustawie z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej, nie są ukształtowane w sposób jednolity, wzbudzają wątpliwości w teorii i praktyce, a w konsekwencji wskazana funkcja nie jest realizowana prawidłowo. Następująca z dniem 1 lipca 2011 r. reforma zasad legalizacji działalności gospodarczej eliminuje wskazany problem. Czyni to przede wszystkim gwarantując dostęp do informacji o działalności gospodarczej i przedsiębiorcy za pośrednictwem ogólnokrajowego (centralnego) systemu teleinformatycznego (CEIDG).

Key words in original language

Przedsiębiorca; system ewidencji; dostęp do informacji

Abstract

Irrespective of basic function of the entrepreneurial activity registration system, which is legalization (or entrepreneur establishing), the key goal is to guarantee access to the information about all entrepreneurs and their activity in Poland. Unfortunately current legal regulations, contained in the Act on Economic Activity (the Act of 19 November 1999), are not uniform and cause difficulties in theory and practice. As a consequence, aforementioned goal of entrepreneurial activity registration system does not function correctly. The reform of the Act on Freedom of Economic Activity (the Act of 2 July 2004) which come into force on the 1st of July 2011 is going to solve the problem, first of all by establishing precise guarantee of the access to the information about all entrepreneurs in Central Register and Information of Economic Activity among others in an electronic format.

Key words

Entrepreneur; registration system; access to the information

1. WPROWADZENIE

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹ określana jest mianem swoistej „konstytucji działalności gospodarczej”. Status tego aktu wynika przede wszystkim z przedmiotu regulacji. U.s.d.g. określa bowiem podstawowe zasady podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej na terytorium RP, a także obowiązki organów państwa w tym zakresie. W tym wymiarze stanowi *lex generalis*² i winna być postrzegana w charakterze aktu nadrzędnego (systemowego).²

Zgodnie z art. 14 u.s.d.g. podstawowym obowiązkiem przedsiębiorcy jest legalizacja działalności gospodarczej. Przedsiębiorca może bowiem podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do ewidencji działalności gospodarczej (EDG) albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym (KRS). Przepis ten wskazuje również, że wpisowi do ewidencji podlegają przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi, a względem pozostałych podmiotów właściwym jest rejestr przedsiębiorców KRS.

Powyższe daje umocowanie funkcjonowaniu dwóch odrębnych rejestrów działalności gospodarczej. Są to: ewidencja działalności gospodarczej, właściwa legalizacji działalności gospodarczej osób fizycznych, oraz rejestr przedsiębiorców KRS obejmujący właściwością podmioty inne niż osoby fizyczne.³

Funkcjonowanie dwóch równoległych rejestrów właściwych działalności gospodarczej stanowi rezultat ewolucji polskiego porządku prawnego. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że w toku tej ewolucji rejestry ukształtowane zostały w sposób odmienny, a podstawowe różnice dotyczą m.in. ich podstaw prawnych, konstrukcji i reguł proceduralnych, a także charakteru i właściwości. Tym niemniej EDG i rejestr przedsiębiorców KRS w założeniu pełnią tożsame funkcje:

- 1) służą legalizacji działalności gospodarczej, a także
- 2) gwarantują dostęp do informacji o działalności gospodarczej i przedsiębiorcach funkcjonujących na terytorium Polski.

¹ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 ze zm.) – dalej jako u.s.d.g.

² C. Kosikowski, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2011, s. 13-15

³ Zgodnie z przyjętą w art. 4 u.s.d.g. definicją przedsiębiorcy oprócz osób fizycznych są to osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym ustawa nadała zdolność prawną

Niniejsze wystąpienie przedstawia aktualne rozwiązania prawa polskiego związane z realizacją gwarancji dostępu do informacji o przedsiębiorcy. Wskazuje na kluczowe problemy aktualnego stanu prawnego i praktyki w tym zakresie, a następnie na tym tle omawia przewidywane skutki modernizacji systemu rejestracji działalności gospodarczej będące następstwem uruchomienia Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG).

2. DOSTĘP DO INFORMACJI O PRZEDSIĘBIORCY I DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ WEDŁUG AKTUALNIE OBOWIĄZUJĄCEGO STANU PRAWNEGO

Fakt, że EDG i rejestr przedsiębiorców KRS łącznie wypełniają tożsamą funkcję – stanowią źródło informacji o działalności gospodarczej i podmiotach ją wykonujących na terytorium Polski nie oznacza niestety, że cel ten realizują w ten sam sposób.

2.1 DOSTĘP DO INFORMACJI W ŚWIETLE KONSTRUKCJI REJESTRU PRZEDSIĘBIORCÓW KRS

Rejestr przedsiębiorców KRS jest rejestrem właściwym działalności gospodarczej podmiotów innych niż osoby fizyczne. Funkcjonuje według zasad określonych w ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym⁴.

Mając na uwadze gwarancje dostępu do informacji o przedsiębiorcy należy podkreślić kilka cech relewantnych właściwych dla konstrukcji KRS.

Po pierwsze, KRS jest prowadzonym przez sądy (właściwe sądy rejonowe) scentralizowanym (ogólnokrajowym) systemem teleinformatycznym. Oznacza to, że w KRS odnaleźć można informacje o wszystkich podmiotach wpisanych niezależnie od miejsca ich siedziby bądź głównego miejsca wykonywania działalności gospodarczej⁵, a ponadto dane objęte wpisem (figuruje w rejestrze) dostępne są również w wersji elektronicznej.

Po drugie, u.k.r.s. konstituuje dodatkowy organ – Centralną Informację Krajowego Rejestru Sądowego – wyspecjalizowany w zakresie realizacji funkcji informacyjnych. Centralna informacja KRS: 1) prowadzi zbiór informacji rejestru oraz elektroniczny katalog dokumentów podmiotów wpisanych, 2) udziela informacji oraz przechowuje i udostępnia kopie dokumentów z rejestru, 3) tworzy i eksploatuje rejestr i katalogi

⁴ Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 168, poz. 1186 ze zm.) – dalej jako u.k.r.s.

⁵ Te elementy determinują wyłącznie właściwość sądu rejestrowego, który postanawia o dokonaniu wpisu bądź wykreśleniu.

dokumentów w systemie informatycznym, a także 4) wydaje odpisy, wyciągi i zaświadczenia oraz udziela informacji z rejestru, które mają moc dokumentów urzędowych, jeżeli zostały wydane w formie papierowej, a także wydaje z katalogu elektronicznego, drogą elektroniczną, kopie dokumentów, które są poświadczane za zgodność z dokumentami znajdującymi się w aktach rejestrowych podmiotu.

Po trzecie, u.k.r.s. gwarantuje dostęp do danych objętych wpisem wszystkim zainteresowanym. W art. 8 u.k.r.s. stanowi bowiem wprost, że rejestr jest jawny. Warto przy tym podkreślić, że jawność u.k.r.s. wyraźnie precyzuje poprzez stwierdzenie, że każdy ma prawo dostępu do danych zawartych w rejestrze, każdy ma prawo przeglądania akt rejestrowych i każdy ma prawo otrzymać, również drogą elektroniczną, poświadczone odpisy, wyciągi, kopie, zaświadczenia i informacje z rejestru. Powyższe w piśmiennictwie odczytuje się jako gwarancje jawności formalnej danych objętych wpisem.⁶

Po czwarte, jawność formalną KRS dopełniają gwarancje materialne, w postaci domniemań:

1. powszechnej znajomości danych wpisanych do rejestru – w związku z generalnym obowiązkiem publikowania danych i informacji objętych wpisem w Monitorze Sądowym i Gospodarczym od dnia ogłoszenia nikt nie może zasłaniać się ich nieznanością⁷;
2. prawdziwości danych wpisanych w rejestrze – dane w rejestrze są prawdziwe; podmiot wpisany do Rejestru odpowiada za szkodę wyrządzoną zgłoszeniem do rejestru danych nieprawdziwych, a także niezgłoszeniem zmiany danych podlegających ze wpisowi, chyba szkoda nastąpiła wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej, za którą nie ponosi odpowiedzialności⁸;
3. zgodności danych zawartych w rejestrze ze zgłoszeniem – jeżeli dane wpisane w rejestrze są niezgodne ze zgłoszeniem podmiotu lub zostały wpisane bez zgłoszenia, podmiot ten nie może zasłaniać się w stosunku do osoby trzeciej zarzutem, że dane te są nieprawdziwe jeżeli zaniedbał niezwłocznego powiadomienia o wykreśleniu niewłaściwych informacji⁹.

⁶ Zob. art. 8, art. 10, art. 11 ust 2 i art. 13 u.k.r.s.; A. Nowacki, Jawność materialna Krajowego Rejestru Sądowego, *Prawo Spółek* 2007, Nr 5, s. 36.

⁷ Zob. art. 13 u.k.r.s.

⁸ Zob. art. 17 u.k.r.s.

⁹ Zob. art. 18 u.k.r.s.

Po piąte, obowiązki wynikające z konieczności zapewnienia prawdziwości i aktualności wpisu (zgodności danych zawartych w rejestrze ze zgłoszeniem) są podstawową powinnością każdego przedsiębiorcy funkcjonującego w rejestrze. Przedsiębiorca zobligowany jest złożyć wniosek o zmianę danych i informacji objętych wpisem nie później niż w terminie 7 dni od dnia zdarzenia uzasadniającego dokonanie wpisu¹⁰, przy czym nie wywiązywanie się z tego obowiązku jest sankcjonowane poprzez grzywny (ponawialne)¹¹, a nawet wykreślenie z rejestru, odebranie publicznoprawnego statusu przedsiębiorcy i utratę prawa do legalnego wykonywania działalności gospodarczej^{12, 13}.

Po szóste, należy podkreślić szeroki zakres danych objętych wpisem. Informacje o podmiocie wpisanym zostały usystematyzowane w 6 działach rejestru i obejmują m.in.¹⁴:

- a. podstawowe dane składające się na elementy oznaczenia tj. nazwę lub firmę, formę prawną, właściwe, numer NIP, informację o wykonywaniu działalności gospodarczej z innymi podmiotami na podstawie umowy spółki cywilnej,
- b. dane o strukturze i wewnętrznej organizacji przedsiębiorcy (dane o reprezentacji przedsiębiorcy oraz jego organach nadzoru i innych organach, a także dotyczące prokurentów i zakresu prokury),
- c. dane o przedmiocie działalności wg Polskiej Klasyfikacji Działalności,
- d. dane dotyczące złożonych sprawozdań finansowych, zaległości podatkowych i celnych oraz na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i innych wierzycieli,
- e. informacje o powołaniu i odwołaniu kuratora,

¹⁰ Art. 22 u.k.r.s.

¹¹ Art. 24 ust 1-2 u.k.r.s.

¹² Art. 25-28 u.k.r.s.

¹³ Dodatkowo na mocy art. 21 u.k.r.s. organy administracji rządowej i samorządowej, sądy, banki, komornicy i notariusze są obowiązani niezwłocznie informować sąd rejestrowy o zdarzeniach, które podlegają obowiązkowi wpisu do rejestru z urzędu. Ponadto sąd rejestrowy współpracuje z Szefem Krajowego Centrum Informacji Kryminalnych w zakresie niezbędnym do realizacji jego zadań ustawowych. Warto również wskazać na uprawnienia sądu rejestrowego, który ze względu na aktualizację informacji uprawniony jest w szczególnie uzasadnionych przypadkach do dokonywania i wykreślenia wpisów z urzędu.

¹⁴ Zob. szerzej art. 38-44 u.k.r.s.

f. informacje o likwidacji, ustanowieniu zarządu i zarządu komisarycznego, rozwiązaniu lub unieważnieniu spółki, połączeniu z innymi podmiotami, podziale lub przekształceniu podmiotu w inny sposób, zawieszeniu albo wznowieniu wykonywania działalności gospodarczej, postępowaniu upadłościowym i naprawczym.

Powyższe argumenty uzasadniają twierdzenie, że rejestr przedsiębiorców KRS prawidłowo realizuje funkcję zapewnienia dostępu do informacji. Zakres danych jest szeroki, są one objęte gwarancjami jawności w ujęciu formalnym i materialnym, a realizację omawianej funkcji powierzono wyspecjalizowanemu organowi – centralnej informacji KRS.

W tym świetle rejestr przedsiębiorców trafnie można scharakteryzować jako prowadzony przez sądy, centralny, publiczny i jawny system teleinformatyczny stanowiący zbiór wskazanych ustawowo, aktualnych, kompletnych i uznanych za prawdziwe danych identyfikujących podmioty tam wpisane.¹⁵

2.2 DOSTĘP DO INFORMACJI W ŚWIETLE KONSTRUKCJI EDG

Obowiązujące zasady ewidencjonowania działalności gospodarczej osób fizycznych zawiera ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej¹⁶. W aktualnej konstrukcji ewidencji trudno znaleźć elementy gwarantujące realizację funkcji informacyjnych. Można wręcz stwierdzić, że rejestr ten nie realizuje omawianej funkcji w sposób zakładany i oczekiwany, czym dalece odbiega od standardu wyznaczonego przez rejestr przedsiębiorców KRS.

Po pierwsze, EDG nie ma postaci systemu teleinformatycznego i nie jest rejestrem scentralizowanym. Jest to ewidencja (rejestr) prowadzony przez gminę, gdzie organem ewidencyjnym jest odpowiednio wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce zamieszkania osoby fizycznej (pomocniczo miejsce wykonywania działalności gospodarczej).¹⁷ Oznacza to, że informacje zawarte w EDG, co do zasady, nie są dostępne w formie elektronicznej. Co więcej ograniczają się wyłącznie do przedsiębiorców-osób fizycznych z właściwości miejscowej danego organu ewidencyjnego, czyli obszaru terytorialnego danej gminy.

¹⁵ Por. Ł. Zamojski, *Rejestracja spółek. Zagadnienia materialne i procesowe*, Warszawa 2008, s. 21

¹⁶ Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.) – dalej jako p.d.g.

¹⁷ Art. 7a ust 1 p.d.g.

Po drugie, warto podkreślić, że w strukturze organizacyjno-ustrojowej EDG nie występuje żaden organ wyspecjalizowany w zakresie dostępu do danych objętych wpisem. Informacje udzielane są w gminie bezpośrednio przez organ gminy (ewentualnie osobę w tym zakresie upoważnioną).

Po trzecie, gwarancje jawności ewidencji ujęte w p.d.g. ograniczają się wyłącznie do wskazania, że ewidencja jest jawna.¹⁸ Jak pokazała praktyka stwierdzenie to jest nieostre i nieprecyzyjne: nie przesądza o tym, czy każdy ma dostęp do danych, czy też musi uzasadniać swój interes prawny, czy dostęp gwarantowany jest do całej EDG w danej gminie, czy też tylko do poszczególnych danych w niej ujętych, czy informacje udzielane są ustnie czy też wyłącznie pisemnie, a może również telefonicznie lub przez Internet, ewentualnie czy można żądać odpisów bądź zaświadczeń o treści wpisu w EDG. W konsekwencji prowokuje (a przynajmniej dopuszcza) daleko idącą uznaniowość organów ewidencyjnych, które mogą w różny sposób interpretować formalne gwarancje jawności.

Po czwarte, nie sposób pominąć braku gwarancji jawności materialnej. Dane i informacje zawarte w EDG nie są objęte domniemaniem prawdziwości, powszechnej znajomości lub pewności wpisu.¹⁹ W takiej sytuacji można uznać, że odpowiedzialności za jakość danych i informacji objętych wpisem nie ponosi przedsiębiorca, ani organ ewidencyjny.

Po piąte, podobnie jak w przypadku KRS obowiązkiem każdej osoby fizycznej wpisanej do EDG jest informowanie o wszelkich zmianach stanu faktycznego objętego wpisem, czyli nanoszenie zmian i aktualizowanie danych figurujących w ewidencji. Warto jednak zwrócić uwagę, że obowiązek ten nie jest sankcjonowany (jak ma to miejsce w rejestrze przedsiębiorców KRS), co oznacza, że przedsiębiorca nie aktualizujący treści wpisu nie ponosi z tego tytułu negatywnych konsekwencji.

Po szóste, zakres danych udostępnianych przez EDG jest niewielki. Ogranicza się wyłącznie do podstawowych informacji identyfikujących przedsiębiorcę-osobę fizyczną, gdyż obejmuje: 1) firmę przedsiębiorcy (imię i nazwisko osoby fizycznej i ewentualne dodatki), 2) numer identyfikacji podatkowej (NIP), 3) adres głównego miejsca wykonywania działalności i ewentualnych oddziałów, 4) określenie przedmiotu działalności gospodarczej zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD), 5) datę rozpoczęcia działalności gospodarczej, a także 6) ewentualnie numer telefonu kontaktowego i adres poczty elektronicznej. Nietrudno zauważyć, że zbliżony wymiar informacji o przedsiębiorcy niejedenkrotnie można odnaleźć w ogłoszeniu prasowym, wizytówce,

¹⁸ Art. 7a ust 2 p.d.g.

¹⁹ M. Szydło, Ewidencja Działalności Gospodarczej jako administracyjny rejestr przedsiębiorców, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2004, Nr 1, s. 181-182

witrynie internetowej, a nawet bezpośrednio na towarze danego przedsiębiorcy. Stąd też zakres danych ujęty w EDG należy traktować jako niewystarczający i zbyt uproszczony.

Dotychczasowe ustalenia prowadzą do wniosku, że o ile rejestr przedsiębiorców KRS rzeczywiście skutecznie zapewnia dostęp do informacji o działalności gospodarczej i przedsiębiorcy, to z pewnością omawianej funkcji prawidłowo nie realizuje EDG. Fakt, że obecna konstrukcja EDG wymaga korekty gdyż nie odpowiada założeniom, jest archaiczna i niedostosowana do aktualnej sytuacji gospodarczej i aktualnych potrzeb, dostrzegł ustawodawca, który ujął normatywnie nowe zasady ewidencjonowania działalności gospodarczej osób fizycznych.

3. DOSTĘP DO INFORMACJI O PRZEDSIĘBIORCY I DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ WEDŁUG CEIDG

Fundamentalną reformę ewidencjonowania działalności gospodarczej osób fizycznych przewiduje u.s.d.g.. Zakłada radykalne odstępnie od aktualnie obowiązujących procedur i formuły na rzecz rejestracji drogą elektroniczną. Konsekwencją planowanych zmian jest rezygnacja z EDG w dotychczasowej konstrukcji.²⁰

Przepisy rozdziału 3 u.s.d.g.²¹ stanowiące o nowym wymiarze rejestracji działalności gospodarczej osób fizycznych wchodzi w życie z dniem 1 lipca 2011 r.²² Od tej daty zacznie funkcjonować prowadzona w systemie teleinformatycznym przez Ministra właściwego do spraw gospodarki Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej (CEIDG), która w zakresie realizacji funkcji ewidencyjnych zastąpi wójta, burmistrza i prezydenta miasta. Warto także wskazać, że CEIDG będzie funkcjonowała równolegle z rejestrem przedsiębiorców KRS.

Zmianie nie ulegną podstawowe zadania i cele ewidencjonowania. Obok funkcji legalizacyjnych CEIDG będzie udostępniała informacje o przedsiębiorcach i działalności gospodarczej. Nie oznacza to jednak, że przepisy konstytuujące CEIDG nie modyfikują sposobów realizacji funkcji podstawowych. Wręcz przeciwnie, wyraźnie ingerują w dotychczasowe zasady i poprawiają tak reguły legalizacji jak i zasady uzyskiwania dostępu do informacji o podmiotach zarejestrowanych.

²⁰ W myśl art. 66 ust 3 Przepisów zmieniających u.s.d.g. EDG prowadzone w gminach ulegną archiwizacji, a organy gmin pozostaną właściwe wyłącznie w zakresie spraw ewidencyjnych przedsiębiorców, którzy zakończyli wykonywanie działalności gospodarczej przed dniem 1 lipca 2011 r.

²¹ Na rozdział 3 składają się art. 23-45 u.s.d.g.

²² Zob. art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 18, poz. 97)

Przed wszystkim z dniem 1 lipca 2011 r. powstanie (zacznie funkcjonować) rejestr centralny prowadzony w systemie teleinformatycznym – CEIDG.²³

Podstawowym celem ewidencjonowania pozostanie zagwarantowanie dostępu do informacji o przedsiębiorcy, co oznacza, że CEIDG należy traktować jako organ wyspecjalizowany w tym zakresie. Wynika to również z faktu, że podstawowym zadaniem CEIDG będzie, w szczególności:

1. udostępnianie informacji o przedsiębiorcach i innych podmiotach w zakresie wskazanym w ustawie;
2. umożliwienie ustalenia terminu i zakresu zmian wpisów w CEIDG oraz wprowadzającego je organu;
3. umożliwienie wglądu do danych bezpłatnie udostępnianych przez centralną informację Krajowego Rejestru Sądowego.²⁴

Warto zatem wyraźnie podkreślić, że poczynając od 1 lipca 2011 r. CEIDG umożliwi odczytanie informacji nie tylko o działalności gospodarczej osób fizycznych, ale również o działalności podmiotów wpisanych do rejestru przedsiębiorców KRS. Oznacza to, że oba systemy teleinformatyczne – CEIDG i rejestr przedsiębiorców KRS – zostaną zsynchronizowane i w rezultacie w ramach jednego rejestru (CEIDG) będzie można uzyskać informację o wszystkich przedsiębiorcach i każdej działalności gospodarczej wykonywanej na terytorium Polski.

Ponadto ustawodawca dalece poszerzył katalog danych objętych wpisem w CEIDG, który zawiera:

1. firmę przedsiębiorcy oraz jego numer PESEL, o ile taki posiada;
2. numer identyfikacyjny REGON przedsiębiorcy, o ile taki posiada;
3. numer identyfikacji podatkowej (NIP), o ile taki posiada;
4. informacje o obywatelstwie polskim przedsiębiorcy, o ile takie posiada, i innych obywatelstwach przedsiębiorcy;
5. oznaczenie miejsca zamieszkania i adresu, adresu do doręczeń przedsiębiorcy oraz adresu, pod którym jest wykonywana działalność gospodarcza, a jeżeli przedsiębiorca wykonuje działalność poza miejscem zamieszkania - adresu głównego miejsca wykonywania działalności i oddziału, jeżeli został utworzony;

²³ Zob. art. 23 ust 2 u.s.d.g.

²⁴ Zob. art. 23 ust 3 u.s.d.g.

6. adres poczty elektronicznej przedsiębiorcy oraz jego strony internetowej, o ile takie posiada;
7. datę rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej;
8. określenie przedmiotów wykonywanej działalności gospodarczej, zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD);
9. informację o istnieniu lub ustaniu małżeńskiej wspólności majątkowej;
10. informację o umowie spółki cywilnej, jeżeli taka została zawarta;
11. dane pełnomocnika upoważnionego do prowadzenia spraw przedsiębiorcy, o ile przedsiębiorca udzielił ogólnego pełnomocnictwa;
12. informacje o zawieszeniu i wznowieniu wykonywania działalności gospodarczej;
13. informacje o ograniczeniu lub utracie zdolności do czynności prawnych oraz o ustanowieniu kuratora;
14. informacje o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu, o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika, zmianie postanowienia o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu na postanowienie o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika i zakończeniu tego postępowania;
15. informacje o wszczęciu postępowania naprawczego;
16. informacje o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej określonej we wpisie do CEIDG.²⁵

Tym samym, w odróżnieniu od stanu aktualnego, CEIDG jest potencjalnie zdolna do zagwarantowania szerokiego dostępu do informacji o działalności gospodarczej osób fizycznych i może stanowić podstawowe źródło wiedzy o przedsiębiorcach.²⁶

Obowiązki przedsiębiorcy funkcjonującego na mocy wpisu w CEDIG nie uległy radykalnej zmianie. Mają bowiem na celu zagwarantowanie przede wszystkim aktualnej treści wpisu. Zgodnie z art. 30 u.s.d.g. jest on obowiązany do przedkładania informacji o zmianie danych objętych wpisem, trwałym zaprzestaniu wykonywania działalności gospodarczej oraz informowania o zawieszeniu i wznowieniu wykonywania działalności

²⁵ Zob. art. 25 ust 1 u.s.d.g.

²⁶ R. Dowgier, M. Etel, Zmiany w zakresie ewidencjonowania działalności gospodarczej oraz identyfikacji podatkowej przedsiębiorcy, PUG 2009, Nr 10, s. 25

gospodarczej. Warto jednak podkreślić, że uchybienie tym obowiązkom jest sankcjonowane i stanowi jedną z przesłanek wykreślenia z CEIDG, a w konsekwencji oznacza utratę prawa do legalnego wykonywania działalności gospodarczej.²⁷

Jednocześnie ciężar zagwarantowania aktualności i prawdziwości danych wpisanych do CEIDG nie spoczywa wyłącznie na przedsiębiorcy. Wiąże również ministra ds. gospodarki²⁸, organy gminy²⁹, organy reglamentacyjne³⁰, kuratora³¹ oraz inne organy administracji publicznej oraz sądy³².

Gwarancję dostępu do informacji realizuje zapis, w myśl którego dane zawarte w CEIDG są jawne³³, co oznacza, że każdy ma prawo wglądu do informacji poprzez stronę internetową CEIDG za pośrednictwem elektronicznej platformy usług administracji publicznej.³⁴ Ponadto domniemywa się również, że prawdziwe³⁵, a dostęp do nich bezpłatny.

Natomiast w sytuacji, gdy w CEIDG figurują dane niezgodnie z wnioskiem lub bez tego wniosku wpisane, przedsiębiorca nie może zasłaniać się wobec osoby trzeciej, działającej w dobrej wierze, zarzutem, że dane te nie są prawdziwe, jeżeli po powzięciu informacji o tym wpisie zaniedbała

²⁷ Można również dodać, że ustawodawca względem wykreślenia (po raz pierwszy normatywnie w zakresie ewidencjonowania) przyjął, że dane zawarte w CEIDG nie mogą być z niej usunięte, a wykreślenie wpisu nie oznacza zastąpienia danych, lecz ich uzupełnienie. CEIDG pozwala zatem odtworzyć rys historyczny aktywności gospodarczej podmiotów podlegających wpisowi i nie ogranicza się wyłącznie do aktualnej treści wpisu

²⁸ Zgodnie z art. 35 u.s.d.g. minister ds. gospodarki może wykreślić albo sprostować z urzędu wpis zawierający dane niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, po uprzednim wezwaniu przedsiębiorcy do złożenia w terminie 7 dni roboczych oświadczenia w sprawie tych danych (sprostowanie następuje w drodze postanowienia), a także z urzędu sprostuje wpis zawierający oczywiste błędy, niezgodności z treścią wniosku przedsiębiorcy lub stanem faktycznym wynikającym z innych referencyjnych rejestrów organów administracji publicznej.

²⁹ Zgodnie z art. 35 u.s.d.g. minister ds. gospodarki może zwrócić się do gminy, na terenie której przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą, o zajęcie stanowiska w sprawie potwierdzenia danych potencjalnie niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. Natomiast organ gminy, po zbadaniu okoliczności sprawy udziela zobligowany jest do ustosunkowania się w formie postanowienia do kwestii wskazanej przez ministra.

³⁰ Zob. art. 37 ust 2 i ust 5 u.s.d.g.

³¹ Zob. art. 31 ust 2 u.s.d.g.

³² Zob. art. 34 ust 3 u.s.d.g.

³³ Art. 38 ust 1 u.s.d.g.

³⁴ Zastrzeżono jednak, że jawność CEIDG nie obejmuje informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, numeru PESEL oraz adresu zamieszkania przedsiębiorcy, o ile jest inny niż miejsce wykonywania działalności gospodarczej; Zob. art. 38 ust 1-2 u.s.d.g.

³⁵ Zob. art. 33 u.s.d.g.

wystąpić niezwłocznie z wnioskiem o sprostowanie, uzupełnienie lub wykreślenie wpisu^{36 37}.

Ponadto mając na uwadze potrzebę rozwoju współpracy gospodarczej z partnerami zagranicznymi oraz zwiększenie bezpieczeństwa międzynarodowego obrotu gospodarczego u.s.d.g. przewiduje również konieczność (możliwość) udostępniania danych w językach obcych.³⁸

Na podstawie powyższego wyraźnie widać, że jawność danych wpisanych w CEIDG ma wymiar formalny i materialny, a zatem jest oznaczona zdecydowanie bardziej precyzyjnie niż ma to miejsce na gruncie p.d.g..

W odróżnieniu do aktualnie obowiązującej konstrukcji EGD (przyjętej w p.d.g.) przepisy rozdziału 3 u.s.d.g., modernizując zasady legalizacji działalności gospodarczej, szczególną wagę przykładają zapewnieniu dostępu do danych o przedsiębiorcy i działalności gospodarczej. Stanowi to cechę istotną nowej regulacji. Zdecydowanie zbliża system ewidencjonowania działalności gospodarczej osób fizycznych do rejestracji sądowej właściwej pozostałym podmiotom. Obejmując dane wpisane do CEIDG jawnością formalną i materialną ustawodawca zapewni prawidłową realizację zadań informacyjno-legalizacyjnych w odniesieniu do przedsiębiorców będących osobami fizycznymi.

4. PODSUMOWANIE

Reasumując należy stwierdzić, że reforma systemu rejestracji działalności gospodarczej w Polsce, polegająca przede wszystkim na utworzeniu centralnego systemu teleinformatycznego, jest niezbędna dla zapewnienia właściwej i pożądanej formuły dostępu do informacji przedsiębiorcy. Po uzyskaniu mocy obowiązującej przez u.s.d.g., tj. z dniem 1 lipca 2011 r.:

1. dostęp do informacji zagwarantuje zcentralizowany system teleinformatyczny;
2. informacje będą powszechnie dostępne również w wersji elektronicznej;

³⁶ Zob. art. 33 u.s.d.g.

³⁷ Warto zaznaczyć, że zgodnie z art. 37 ust 6 u.s.d.g. dane o przedsiębiorcy, który zakończył wykonywanie działalności gospodarczej dostępne są do jedynie 6 miesięcy od dnia wykreślenia z CEIDG. Po upływie tego okresu są one archiwizowane, a dostęp możliwy na pisemny wniosek. Nie dotyczy to jednak firmy przedsiębiorcy oraz daty wykreślenia, które zawsze pozostają dostępne drogą internetową

³⁸ Zgodnie z art. 38 ust 3 u.s.d.g. Minister właściwy do spraw gospodarki może określić, w drodze rozporządzenia, języki obce, w jakich będą udostępniane opisy danych i informacji

3. gwarancje dostępu będzie realizował wyspecjalizowany w tym zakresie organ – Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej, koordynowana przez Ministra właściwego ds. gospodarki;
4. pomimo zachowania właściwości dwóch równoległych rejestrów dla celów legalizacyjnych – CEIDG i rejestru przedsiębiorców KRS – kompleksowe informacje o wszystkich zarejestrowanych przedsiębiorcach i ich działalności gospodarczej wykonywanej na terytorium Polski zapewni CEIDG (niezależnie od tego czy przedsiębiorca jest osobą fizyczną, osobą prawną lub „ułomną osobą prawną”, a także niezależnie od miejsca zamieszkania bądź głównego miejsca wykonywania działalności gospodarczej dane o nim będą dostępne w CEIDG);
5. istotnemu poszerzeniu ulegnie zakres danych objętych wpisem, a więc i zakres informacji udostępnianych przez CEIDG, co w szczególności dotyczy to osób fizycznych i ich działalności gospodarczej, gdyż w aktualnym stanie prawnym zakres danych jest niewielki, zbyt uproszczony i wręcz uniemożliwia prawidłową realizację omawianej funkcji;
6. obejmując dane wpisane do CEIDG gwarancjami jawności formalnej i materialnej zmodernizowany system rejestracji zapewni prawidłową realizację zadań informacyjno-legalizacyjnych również w odniesieniu od działalności gospodarczej osób fizycznych.

Literature:

- C. Kosikowski, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2011,
- Ł. Zamojski, Rejestracja spółek. Zagadnienia materialne i procesowe, Warszawa 2008,
- M. Szydło, Ewidencja Działalności Gospodarczej jako administracyjny rejestr przedsiębiorców, Kwartalnik Prawa Publicznego 2004, Nr 1,
- R. Dowgier, M. Etel, Zmiany w zakresie ewidencjonowania działalności gospodarczej oraz identyfikacji podatkowej przedsiębiorcy, PUG 2009, Nr 10,

Contact – email

etel.m@uwb.edu.pl

alielka@o2.pl

Virtuální ekonomika v kontextu Evropské unie

Martin Hájiček & Lukáš Veselovský, 2011

„Jsou to miliony [lidí], kteří tráví stovky hodin měsíčně v kyberprostoru ve svých alternativních světech – jedním z těchto světů je hra Second Life.“

Lawrence Lessig

Abstract in original language

Tato práce se zabývá právní úpravou virtuální ekonomiky v Evropské unie. V první části shrnuje oblast virtuálního vlastnictví, virtuálního podnikání a virtuálních peněz. Druhá část se zaměřuje na oblast přeměny reálných peněz na virtuální a naopak a dále na zdanění v této oblasti.

Key words in original language

virtuální peníze, virtuální ekonomika, virtuální vlastnictví, zdanění

Abstract

The study deals with legal regulation of virtual economics in the European Union. In the first part it summarizes the area of virtual property, virtual business and virtual money. The second part is focused on the matter of transformation of real money to virtual money et vice versa and on taxation.

Key words

virtual money, virtual economics, virtual property, taxation

Virtuální imaginativní světy v literatuře provází lidstvo po staletí. Ve 20. století kromě vědeckých účelů právě literatura vedla k vytvoření prvních počítačových virtuálních prostředí. Už od 70. let vznikaly první počítačové hry odehrávající se v takovémto prostředí, zpočátku ještě bez grafického rozhraní a bez možnosti zapojení více hráčů po síti. Postupně ale vyvíjejí a kromě grafického prostředí nabízí i možnost hry po síti. Kolem těchto her i nezávisle na nich vznikají sociální komunity, jejichž členové přiznávají hodnotu statkům nehmotné povahy.

V 90. letech dochází k rychlému rozvoji her, nejen mladí lidé tráví hodiny denně u počítačových her, virtuální realita se pro ně stává někdy i stejně důležitá jako realita

skutečná. Dochází k ovlivňování skutečné reality realitou virtuální. Online hry se stávají globální záležitost. V tomto okamžiku máme už v obecné rovině základní problém - uživatelé jsou z celého světa, různého věku, náboženství - právní řády jednotlivých států mají často i protichůdnou úpravu stejné problematiky => virtuální prostředí je tak v nezáviděníhodné situaci, kdy poskytuje služby v celosvětovém měřítku a musí se konfrontovat s nejrůznějšími právními řády¹ - měla by např. muslimská žena hrající online hru mít možnost mít postavičku, která má zahalený obličej?

Vraťme se k našemu tématu virtuální ekonomiky – milníkem se stal rok 2003 a zveřejnění hry Second Life. Do této doby většina her měla určen základní cíl, kterého má hráč dosáhnout a hodnocení, body, peníze, které hráč ve hře získal, se nijak zásadně neprojevovaly v reálném světě (krom komunity, která tuto hru sama hraje). Second Life přinesl do prostředí her využívajících virtuální prostředí pravidla reálného života a hlavně ekonomiku, která využívá i vlastní měnu konvertibilní s měnami reálnými. Virtuální ekonomika se mohla stát masovou.

Úvod do virtuální ekonomiky

Abychom mohli hovořit o virtuální ekonomice, syntetické, musíme upravit prostředí, ve kterém ekonomické vztahy vznikají a to na prostředí virtuální, tzv. kyberprostor. Toto prostředí je nehmotné, je to svět informací, jež umožňuje přenos, ukládání a výměnu dat prostřednictvím systému propojených počítačů. Je to svět existující za obrazovkou počítače, ale není vázán na počítač jako takový.

Jelikož se ve většině virtuálních světů objevují virtuální komodity a virtuální peníze, musí existovat i ekonomické vztahy, které svými zákonitostmi ovlivňují chování subjektu virtuálního světa. Pro ilustraci si představme vzácný amulet, který svému majiteli dodává i na poměry virtuálního světa nepředstavitelnou sílu. Takový amulet by na virtuálním trhu stal do zajištění nepřehledné množství brnění, dukátů či jiných virtuálních statků. Majitel takového amuletu je tudíž ve virtuálním světě považován za „bohatého“ i když v reálném světě vlastní tento teenager pouze mobilní telefon a oblečení. Tímto bohatstvím dokáže jeho majitel ve virtuálním světě užití nátlaku a to nejen ekonomického.

„Ekonomika ve virtuálním světě musí naplňovat několik podmínek, aby umožňovala obchod a vlastně se přiblížila běžné ekonomice. Je to především její kontinuita, kdy by software měl zachovávat data o stavu virtuálního světa. Pak je zaručeno, že uživatelé budou

¹ ZAPLETAL, P., *Normativní regulace virtuálních světů*. Brno : Masarykova univerzita, 2010.

věnovat čas, peníze nebo jiné zdroje, aby zde získali zboží či služby. Velice důležitá je podmínka specializace a výměny – uživatelé ve virtuálním světě“² si mohou volně vyměňovat zboží a služby, protože jim to tvůrce virtuálního prostředí umožňuje a dále ve virtuálním světě existují záznamy o vlastnictví, a uživatelé tak mají vlastnická práva a tudíž i právo disponovat s věcí jak uzná za vhodné.

Virtuální ekonomika a Second Life

Již zmiňovaná hra Second Life se stala jedním z hlavních průkopníků virtuální ekonomiky. Od roku 2003, kdy vznikla, nalákala miliony uživatelů, kteří naplňují název hry – "Second Life" - "Druhý život". Hra simuluje skutečný svět, umožňuje svým hráčům téměř cokoli, co mohou ve skutečném světě. A tak si zde staví domy, obchodují, žijí společenský život. Jako ve skutečném životě mohou dosahovat zisků – ať už ve formě virtuálního majetku nebo virtuálních peněz, tzv. lindenských dolarů (L\$). Tyto hodnoty mohou zůstat ve hře, ale mohou být prodány za reálné peníze a lindenské dolary mohou být konvertovány na reálné.³ Naopak si také za reálné peníze mohou koupit virtuální majetek i virtuální peníze.

Mnozí hráči v tomto virtuálním světě tráví hodiny denně. A někteří z nich už ve hře vydělali miliony dolarů. Second Life – ekonomické prostředí, v němž dochází k milionovým transakcím jako ve skutečném světě. Daňový ráj, nebo prostor, který je daňovými zákony pokryt?

Virtuální ekonomiky a Evropské unie

Ještě před pár lety by nikoho nenapadlo přemýšlet nad ochranou vlastnického práva k majetku hráče ve virtuálním prostředí a myšlenka zdanění obchodních transakcí v tomto prostředí by se zdála stejně kuriózní jako trestní stíhání hráče pro vraždu virtuálního protihráče. S tím, jak online virtuální hry stále více ovlivňují reálný svět – z osobního i ekonomického hlediska – se ovšem mění i pohled států.

I v rámci Evropské unie došlo k několika zásadním momentům; soustředíme se na základní, kterými jsou 1) ochrana vlastnického práva ve virtuálním prostředí a 2) zdanění finančních transakcí ve virtuálním prostředí.

² KERA, D. *Virtuální ekonomiky MMOGs* [citováno 23. dubna 2011]. Dostupný z: www.lupa.cz/clanky/virtualni-ekonomiky-mmogs.

³ V České republice už v r. 2008 nabídla společnost Raiffeisenbank svým klientům možnost výměny lindenských dolarů za koruny v bankomatu. *Raiffeisenbank mění koruny na lindeny* [citováno 22. dubna 2011]. Dostupný z: <http://www.virtualczechoslovakia.com/raiffeisenbank-meni-koruny-na-linden>.

Ochrana vlastnického práva

Stále více on-line her je postaveno na myšlence kontinuální hry – uživatel zaregistrováním se do hry začíná na nejnižším levelu a teprve v řádu týdnů a měsíců svou postavu či zemi dostává na úroveň těch nejlepších. Dosažená pozice ve hře se stává otázkou prestiže i v reálném životě (o tom svědčí i to, že někteří hráči platí jiným za to, že se o jejich postavu starají v čase, kdy oni sami na to čas nemají). Pokud pak hráči, který věnoval hře hodiny času odcizeny přihlašovací údaje a tím i celá jeho postava, cítí újmu velmi silně, podobně v případě, že je mu poskytovatelem či chybou software smazán profil.

K ochraně vlastnictví toho příliš v moři judikatury Evropské unie není, ale přeci jen existují první vlaštovky, které předznamenávají možnost ochrany virtuálního vlastnictví.

Případ RunScape

Tímto případem je rozsudek holandského soudu Leeuwarden vydaný 21. 10. 2008, č. j. 17/67/6123-07 VEV, který bývá označován jako RunScape. Jednalo se o trestně právní věc, kdy třináctiletý Holanďan hrál hru RunScape. Jeho dva spolužáci mu pod pohrůžkou násilí ve světě reálném odcizili předměty ve světě virtuálním a připsali si je tak na své uživatelské účty v této hře. *„Soud shledal jejich trestní odpovědnost za skutečnou krádež virtuálního zboží a jejich chování kvalifikoval jako trestný čin. Oba pachatele odsoudil k veřejně prospěšným pracím a podmíněnému umístění do kriminálního zařízení pro mladistvé.“*

Tento rozsudek holandského soudu je ve své argumentaci kvalifikace virtuálních předmětů jako „zboží“ rovnocenného s hmotnými předměty naprosto průlomový. Stanovuje zde několik kritérií, jejichž naplnění je nezbytné pro kvalifikaci virtuálního předmětu jako zboží. Tato kritéria jsou dle soudu tři, a sice hodnota předmětu pro jeho vlastníka, výlučnost efektivní kontroly a převoditelnost držby věci.

Kritérium hodnoty bylo prokázáno jednak skutečností, že se virtuální předměty staly objektem krádeže (tedy musely mít určitou hodnotu pro pachatele), a také faktem, že se s předměty obchoduje, a to jak ve hře za herní měnu, tak i v přes internetové aukce za reálné peníze.

Kritérium výlučnosti efektivní kontroly nad předmětem bylo naplněno, jelikož jeden virtuální předmět může být v téže době přítomen pouze na jednom uživatelském účtu, a pouze vlastník tohoto účtu má možnost vykonávat nad věcí efektivní kontrolu – tedy realizovat např. ius possidendi, utendi, frutendi, atd. Pokud je věc převedena na jiný uživatelský účet, dosavadní držitel kontrolu ztrácí a nabývá ji držitel nový. Tím je také naplněno třetí kritérium – virtuální předměty lze převádět mezi osobami. Naplněním těchto

kritérií splňují dle holandského soudu virtuální předměty podmínky pro zařazení do kategorie „zboží“.

Zásadním momentem tohoto rozsudku je především věta, že nehmotnost virtuálních statků není překážkou uznat je za „zboží“, čímž byly předměty virtuální fakticky postaveny na stejnou úroveň, jako předměty hmotné.“⁴

Obecně problematika zdanění virtuální ekonomiky

Virtuální ekonomiky jako takové vlastní daňové systémy nemají.⁵ Ale možná se blíží doba, kdy můžeme s nadsázkou říci, že budou postavičky, avataři, platit zdravotní a sociální pojištění.

Položme si základní otázku. Proč by měli mít státy zájem na zdanění virtuální ekonomiky, když vlastně hmatatelně neexistuje a má svůj vnitřní ekonomický systém, který je oddělen od reálného světa? Ono totiž to oddělení virtuálního a reálného světa není úplně pravdivé. Je totiž možné určitými způsoby doplňovat virtuální statky skrz statky reálné.

Je možné, si kupříkladu doplnit virtuální statky ve virtuální realitě u provozovatele virtuálního světa. Provozovateli virtuálního světa zaplatíme v reálných penězích a on posléze na uživatelský účet připsá hodnotu virtuálního statku určeného za reálné peníze. Také je možné si najmout v tomto reálném světě člověka, který nám bude ve světě virtuálním vylepšovat našeho avatara, když nebudeme moci tuto činnost vykonávat sami. Za tuto službu si náš „pomocník“ naučtuje reálné peníze, atd.

Určitým subjektům tak vznikají příjmy a výdaje i ve světě reálném a to je důvod, proč se vlády zajímají o možnost zdanění virtuálních ekonomik a tím zdanit i reálné příjmy uživatelů (tvůrců) virtuálního světa, případně zdanit transfery mezi virtuálními a reálnými penězi.

Dalším a ne posledním důvodem může být snaha států legalizovat jisté okruhy příjmů z činností, které jsou žádoucí a proto také legální. Těžko může mít zákonodárce ve fungující společnosti zájem na příjmech, které pochází z nechtěné (nelegální) činnosti, jako by byla „daň z loupežných přepadení“ nebo „daň z prodaných drog“. Tyto příjmy jsou pro společnost nežádoucí, a proto je zákonodárce zahrnul do okruhu nelegálního.

⁴ MACH, P. *Virtuální vlastnictví*. Brno : Masarykova univerzita, 2009, str. 73 – 74.

⁵ I když i ve hře Second Life existují ekvivalenty daní z nemovitostí – hráči platí provozovateli podle velikosti majetku, poplatky.

Virtuální ekonomiky a jejich zdanění státy Evropské unie

Myšlenka zdanění obchodních transakcí v online hrách se ještě před pár lety zdála stejně absurdní jako trestní stíhání za vraždu postavičky jiného hráče. Hráčům je v Second Life umožněno, aby si od provozovatele koupili prémiové účty, pozemky, budovy a jiné hodnoty, z těchto zisků Linden Lab platila daň z příjmu. Proto přišel v roce 2007 pro mnohé hráče šok v podobě daně z přidané hodnoty z plateb placených provozovateli *Second Life* za různé služby. Evropská unie na základě směrnice 2002/38/ES začala na tyto transakce, jejichž stranami jsou residenté EU na straně jedné a společnost Linden Lab na straně druhé, uvalovat daň z přidané hodnoty (VAT – value added tax).⁶

Pro hráče z Evropské unie to znamená až o 25 %⁷ ceny než pro hráče z nečlenských zemí, čímž jsou pak evropští hráči při dalším obchodování znevýhodněni.

Pojďme se podívat, k jakým transakcím může při hře Second Life (a podobných online hrách s vlastní ekonomikou) docházet a které z nich podléhají, případně by mohli podléhat zdanění (ať už přímému nebo nepřímému).

- 1) Při transakcích mezi hráčem (z Evropské unie) a provozovatelem mohou nastat dvě situace, v případě že jsou uskutečňovány pomocí reálných peněz⁸, jsou tyto transakce na základě směrnice č. 2002/38/ES zatížena daní z přidané hodnoty.⁹ Naopak v případě, že hráč platí provozovateli virtuální měnou, transakce dani nepodléhají.
- 2) Co se týče transakcí mezi uživateli, směna virtuálních i reálných peněz za virtuální statky dani nepodléhá, směna virtuálních peněz za reálné statky mohou podléhat daním z převodu dle právních řádů jednotlivých států.
- 3) Konverze reálných peněz na virtuální a vice versa, zdanění nepodléhají.
- 4) Pokud hráč ve hře vydělané virtuální peníze ze hry nevyvádí – např. zisk z prodeje virtuální budovy ve formě virtuální měny – tento zisk zdaněn není, chybí jakákoliv provázanost na reálný svět.
- 5) Dan z příjmu fyzických a právnických osob

„Pro úpravu přímých daní tak obecně stále platí, že je ponechána na vůli členských zemí. Spolupráce je vyžadována pouze v případech, kdy je třeba zajistit uplatňování čtyř svobod a odstranění daňových překážek pro přeshraniční činnosti, a též v oblastech

⁶ Value added tax [citováno 22. dubna 2011]. Dostupný z: <http://secondlife.com/corporate/vat.php>.

⁷ Výši DPH si členské státy EU upravují samy.

⁸ Hráč zaplatí společnosti Linden Lab v reálné měně např. za virtuální pozemek.

⁹ Tyto transakce jsou vnímány jako elektronické obchody.

*zamezení dvojího zdanění, neúmyslného nezdanění, při potírání daňových úniků či snížení nákladů spojených s tím, že subjekt podléhá více než jednomu daňovému systému.*¹⁰

Je to způsobeno tím, že úprava přímých dani, kam spadá i dan z příjmu, je vnitřně velmi odlišná v každém členském státě. Různé jsou způsoby určení základu daně, lhůty pro vyměření, formy zdanění, či různé korekce. Největším problémem harmonizace přímých dani však je neochota států přistoupit na jednotící úpravu směřovanou z Evropské unie, která je brána ze strany členských států jako zásah do jejich autonomie. Proto se zde státy nejsou schopny dohodnout na směrnici, která vyžaduje jednomyslnost pro úpravu této oblasti.

Závěr

Ať už máme k virtuálním prostředím vztah jakýkoliv, stává se sociologickou i ekonomickou realitou, kterou musíme brát v potaz. Dá se předpokládat, že využívání této platformy bude i nadále nabývat na významu podobně jako různé sociální sítě. Z toho do budoucna vyplývá nutnost preciznější úpravy ochrany soukromých údajů uživatelů, virtuálního vlastnictví, kontroly finančních transakcí a jejich zdanění, ale také zabezpečení ochrany hospodářské soutěže, ochrany osob zaměstnaných přes společnosti existující ve virtuálním prostředí,¹¹ či ochranu osobnosti.

Kromě Evropské unie zaujaly další světové ekonomiky zdrženlivý a vyčkávací postoj, ale lze očekávat, že s rostoucím objemem finančních transakcí, které ve virtuálních ekonomikách budou probíhat, i tyto státy ke zdanění přistoupí.

Zdroje

KERA, D. *Virtuální ekonomiky MMOGs* [citováno 23. dubna 2011]. Dostupný z: <http://www.lupa.cz/clanky/virtualni-ekonomiky-mmogs>.

MACH, P. *Virtuální vlastnictví*. Brno : Masarykova univerzita, 2009, str. 73 - 74

ONDROVÁ, K. *Přímé zdanění v České republice po vstupu do Evropské unie*. Brno : Masarykova univerzita, 2010, str. 26.

ZAPLETAL, P. *Normativní regulace virtuálních světů*. Brno : Masarykova univerzita, 2010.

Raiffeisenbank mění koruny na lindeny [citováno 22. dubna 2011]. Dostupný z: <http://www.virtualczechoslovakia.com/raiffeisenbank-meni-koruny-na-lindeny>.

Value added tax [citováno 22. dubna 2011]. Dostupný z: <http://secondlife.com/corporate/vat.php>.

¹⁰ ONDROVÁ, K. *Přímé zdanění v České republice po vstupu do Evropské unie*, 2010, Brno : Masarykova univerzita, str. 26.

¹¹ např. minimální mzda

Contact – email

Lukáš Veselovský: waxell@seznam.cz

Martin Hájíček: martin.hajicek@gmail.com

SKÚSENOSTI S ELEKTRONICKOU SPRÁVOU DANÍ V SR

MATEJ KAČALJAK

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstract in original language

S rastúcou dôležitosťou elektronických služieb v správe vecí verejných sa objavuje potreba prehodnotiť existujúcu legislatívu vo vzťahu k najdôležitejším procesom vo verejnej správe, napríklad vo správe daní. Príspevok sa zaoberá právnou úpravou možnosti elektronickej správy daní, aktuálnymi zmenami v príslušnej legislatíve a venuje stručný priestor aj právnej komparácii s českým tzv. E-government Act.

Key words in original language

elektronizácia verejnej správy, e-dane, Slovenská republika

Abstract

With the rising importance of electronic services in government, there is a need to revise the legislation regarding major administrative processes, e.g. tax administration. The paper deals with the legal framework of e-taxes in Slovakia, recent changes in the legislation concerned and provides a short comparative view of the Czech e-government act.

Key words

E-government, e-taxes, Slovakia

1. ÚVOD

V kontexte financovania rozpočtových potrieb väčšiny moderných štátov zohrávajú dane nezastupiteľnú úlohu. Pre ilustráciu považujem za vhodné podotknúť, že v rámci štátneho rozpočtu na rok 2011 počíta vláda Slovenskej republiky s daňovými príjmami vo výške 8 786 829 000 EUR, čo predstavuje 66,83 % všetkých rozpočtovaných príjmov. Uvedený podiel je navyše mierne skreslený značným objemom prostriedkov pochádzajúcich z rozpočtu Európskej únie.

V takejto situácii je mimoriadne dôležité, aby zdaňované subjekty boli motivované dobrovoľne sa vzdať časti svojich dôchodkov a teda náklady štátu na výber daní boli optimalizované v čo najväčšej miere. V tomto kontexte je možné identifikovať prakticky dve oblasti, v ktorých je možné vykonávať zmeny. Jednak vo sfére hmotného práva má štát možnosť ovplyvňovať výšku príjmov prostredníctvom optimálneho nastavenia daňového základu, resp. metód jeho určenia a následne prostredníctvom nastavenia daňových zadzieb. Zároveň však nesmie zaostávať procesnoprávna úprava, ktorá má nemalý vplyv na vnímanie "spravodlivosti" resp. "nespravodlivosti" zdaňovania.

V nasledujúcom texte bude najprv venovaný priestor vymedzeniu aktuálneho právneho stavu, ktorý významnou mierou prispel, resp. prispieva k efektívnemu výberu daní v Slovenskej republike. Ďalej sa budem venovať aktuálnym zmenám vo vzťahu k možnostiam doručovania dokumentov medzi daňovým orgánom a daňovým subjektom a napokon bude krátky priestor venovaný porovnaniu platnej českej úpravy doručovania v rámci "E-government Actu" a právnej úpravy, ktorá má nadobudnúť účinnosť v Slovenskej republike dňa 1. januára 2012. Pri analýze si dovoľujem vysloviť predpoklad, že zásady neutrálnosti a spravodlivosti tak, ako sú vymedzené ďalej v texte, sú naplnené až v prípade, keď nie sú daňové subjekty v rámci zisťovacieho konania vystavované nadmernej administratívnej záťaži s prihliadnutím na dostupnosť technológií a možnosť ich reálneho využitia väčšinou používateľov. Procesná úprava tak musí neustále reagovať na aktuálne technologické trendy a zvyšovať užívateľský komfort daňových subjektov, čo povedie k zefektívneniu ich ekonomických procesov a v konečnom dôsledku aj k zvýšeniu výberu daní.

2. AKTUÁLNY HMOTNOPRÁVNÝ A PROCESNOPRÁVNÝ RÁMEC VÝBERU DANÍ V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

Vo vzťahu k hmotnoprávnemu rámcu bola v rokoch 2004 až 2006 v Slovenskej republike uskutočnená daňová reforma. V rámci koncepcie uvedenej daňovej reformy boli stanovené nasledovné zásady:¹

1. spravodlivosť, proporcionalita - pričom spravodlivosť je v rámci koncepcie chápaná v súlade s tradičným teoretickým vymedzením horizontálnej spravodlivosti, t.j. rovnaké predmety zdanenia majú byť zdanené rovnako. Zásada proporcionality bola v rámci reformy premietnutá do lineárnej sadzby dane z príjmu.
2. neutrálnosť - podľa ktorej má byť zdanenie neutrálne v tom zmysle, že nemá skresľovať hospodárske procesy a má v čo najmenšej miere ovplyvňovať ekonomické rozhodnutia subjektov. Keď subjekty začnú svoje správanie prispôbovať umelo a zle vytvoreným daňovým normám, napr. preskupovať svoje príjmy, znižuje sa tým celospoločenská efektívnosť alokácie zdrojov.

¹ Koncepcia daňovej reformy v rokoch 2004 - 2006, Ministerstvo financií SR [Online] [cit. 2011-05-15] <http://www.finance.gov.sk/Default.aspx?CatID=3995#tag03>

3. vylúčenie duplicity zdanenia - podľa tejto zásady má k zdaneniu príjmov dôjsť len raz, a to pri prechode od tvorby dôchodkov k ich spotrebe, resp. reinvestícii. Obdobne by napr. pri majetkových daniach nemalo dochádzať k viacnásobnému zdaňovaniu majetku.
4. jednoduchosť a jednoznačnosť - uvedená zásada vychádza z predpokladu, že čím sú právne predpisy zložitejšie, tým sú vyššie náklady a nároky na výpočet, výber a správu dane. K vybranému objemu dane musia byť náklady na jej výber minimálne.
5. účinnosť - Daň musí byť účinná. To znamená, že nesmie poskytovať legálne možnosti vyhnutia sa plateniu dane a nesmie uľahčovať nelegálny daňový únik, alebo dokonca subjekty k tomu nabádať alebo motivovať. Tak isto nesmie neprimeranými zásahmi a nelogickými opatreniami subjekty k daňovému úniku nepriamo nútiť. Čím viac výnimiek zákon obsahuje, tým ľahšie sa nájdu možnosti úniku. Účinnosť tiež znamená, že výnos z dane musí byť primerane vysoký, aby daň plnila svoju fiškálnu funkciu, t. j. celkové náklady na aplikáciu dane na strane daňových subjektov (napr. administratívne náklady) i štátnych orgánov (náklady na správu dane) musia byť primerané vo vzťahu k výnosom z dane.

Viaceré z uvedených zásad je však nutné uplatniť aj pri tvorbe procesného rámca výberu daní. Daňové subjekty totiž môžu subjektívne vnímať spravodlivosť, resp. nespravodlivosť zdaňovania aj na individuálnej skúsenosti so správcom dane. Je možné prijať ako správny predpoklad, že pocit nespravodlivosti proporcionálne narastá s množstvom úkonov, ktoré musí subjekt vykonať voči správcovi dane a ich časovou náročnosťou. Z ekonomického hľadiska je totiž nutné nevyhnutne vyčísl'ovať čas strávený vykonávaním "administratívnych" úkonov, ktoré priamo nesúvisia s podnikaním ako záťaž, ktorá má vplyv na ekonomické aktivity daňových subjektov. Pri prekročení určitej hranice, môže aj vďaka nedokonalkej procesnej úprave daňový subjekt dospieť k rozhodnutiu o zmene druhu svojej zárobkovej činnosti, či dokonca k jej ukončeniu a to aj napriek relatívne priaznivému nastaveniu napr. daňových sadzieb.

V kontexte technologickým možností 21. storočia je potom prirodzenou voľbou snaha o obmedzenie tradičnej listovej korešpondencie a jej nahradenie prostriedkami elektronického doručovania.

V slovenskej daňovej procesnej úprave boli prvé kroky uskutočnené zákonom č. 609/2003 Z.z., ktorý do zákona č. 511/1992 Zb. Vložil ust. § 17a s názvom "Doručovanie elektronickými prostriedkami". Uvedená úprava bola postavená na inštitúte elektronického podpisu. Od daňového subjektu sa vyžadovalo doručiť správcovi dane oznámenie, ktoré obsahovalo všetky zákonom predpísané náležitosti, aby mohol správca dane doručovať elektronicky. Následne pri každom doručení bol povinný daňový subjekt do troch dní od prijatia písomnosti zaslať potvrdenie doručena správcovi dane podpísané zaručeným elektronickým podpisom inak sa písomnosť považovala za nedoručenú a správca dane doručoval písomnosti listovou formou.

V §20 bola v ods. 7 a 8 upravená možnosť daňového subjektu urobiť podanie prostredníctvom zaručeného elektronického podpisu, pričom ust. § 17a sa malo primerane vzťahovať aj na tieto prípady. Z uvedeného potom vyplývalo, že ak správca dane do 3 dní od doručenia podania nezaslal daňovému subjektu potvrdenie o doručení, písomnosť sa považovala za nedoručenú a daňový subjekt musel zaslať písomnosť listovou formou.

Následne zákonom č. 679/2004 Z.z. bolo ust. §20 upravené v zmysle, že bolo umožnené doručovať aj písomnosti, ktoré neboli podpísané zaručeným elektronickým podpisom. V súlade s ust. § 20 ods. 8 ak daňový subjekt chce doručovať správcovi dane písomnosti elektronickými prostriedkami, ktoré nebudú podpísané zaručeným elektronickým podpisom, je povinný písomne oznámiť správcovi dane údaje potrebné na doručovanie na tlačive podľa vzoru uverejneného na internetovej stránke daňového riaditeľstva a na internetovej stránke colného riaditeľstva. O takomto postupe uzavrie správca dane s daňovým subjektom písomnú dohodu, na ktorú sa primerane vzťahuje § 11. Dohoda obsahuje najmä náležitosti elektronického doručovania, spôsob overovania podania urobeného elektronickými prostriedkami a spôsob preukazovania doručenia.

Dnes je možné konštatovať, že uvedené legislatívne úpravy nesplnili očakávania zákonodarcov. Uvedené tvrdenie najlepšie ilustruje štatistika daňových priznaní podaných elektronickými prostriedkami v roku 2010. "V roku 2010 bolo podaných menej ako 1% daňových priznaní k dani z príjmu elektronicke, u fyzických osôb nepodnikateľov bolo podané elektronicke len 1 z celkovo 450 619 daňových priznaní."² Na uvedenom "nelichotivom" stave sa však veľkou mierou podieľalo aj zlyhanie webového sídla Daňového riaditeľstva SR v roku 2010, vďaka ktorému bolo prakticky nemožné na konci marca so správcom dane komunikovať elektronickými prostriedkami. Určitou mierou mohol prispieť aj nevhodný formát daňových formulárov poskytovaných Daňovým riaditeľstvom, ktoré poskytovali len nepatrné zlepšenie v užívateľskom komforte oproti "tradičným" papierovým formulárom a dokonca obsahovali niekoľko funkcií, ktoré tvorili ich vyplňanie a tlač, resp. ukladanie v elektronickej forme vyslovene nepohodlným.

V rámci platného legislatívneho rámca vyvinulo Daňové riaditeľstvo SR iniciatívu na zlepšenie uvedeného stavu, v ktorej predstavilo elektronicke aplikáciu eDane. "Táto aplikácia umožňuje nielen jednoducho vyplniť, vytlačiť a uložiť aktuálne daňové tlačivá, ale zároveň umožňuje autorizovaným užívateľom ich aj odoslať elektronicke formou bez nutnosti návštevy daňového úradu."³ Je však priskoro hodnotiť úspešnosť uvedenej iniciatívy.

3. PRIPRAVOVANÁ ÚPRAVA ELEKTRONICKÉHO DORUČOVANIA V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

Prelomovým v tejto problematike má byť až 1. január roku 2012, kedy má nadobudnúť účinnosť zákon č. 563/2009 Z.z. o správe daní (daňový poriadok) a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktorý upravuje elektronicke doručovanie v ust. § 32 a 33. Oproti terajšej úprave je zrejmé, že zákonodarcia sa rozhodol bez výnimky vyžadovať pri elektronicke dokumentoch zaručený elektronicke podpis.

Elektronicke písomnosti majú byť doručované prostredníctvom elektronicke dátových schránok, pričom podľa ust. § 32 ods. 5 elektronicke dokument zaslaný do elektronickej osobnej schránky je doručený okamihom, keď daňový subjekt s prístupom do elektronickej osobnej schránky prijme uvedený dokument a podľa ust. ods. 6 ak daňový subjekt neprijme elektronicke dokument do 15 dní odo dňa jeho zaslania do elektronickej osobnej schránky, považuje sa tento elektronicke dokument za doručený posledným dňom tejto lehoty, aj keď sa

² Tlačová správa - Daňové riaditeľstvo 9. marca 2011 [Online] [cit. 2011-05-15]
http://www.drsl.sk/drsl/slovak/poskytovanie_informacii/media/data/ts_11_edane.pdf

³ Tlačová správa - Daňové riaditeľstvo 9. marca 2011 [Online] [cit. 2011-05-15]
http://www.drsl.sk/drsl/slovak/poskytovanie_informacii/media/data/ts_11_edane.pdf

daňový subjekt o doručení nedozvedel. Takéto doručenie sa podľa ust. § 32 ods. 7 považuje za doručenie do vlastných rúk.

Elektronická dátová schránka je súčasťou osobnej internetovej zóny podľa ust. § 33 ods. 1 ktorá obsahuje najmä

1. spis daňového subjektu v elektronickej forme
2. elektronický výpis z osobného účtu daňového subjektu
3. prístup na elektronickú podateľňu
4. elektronická osobná schránka
5. katalóg služieb

V ust. § 14 sú vymedzené osoby, ktorým s nadobudnutím účinnosti uvedeného zákona budú povinné v komunikácii so správcom dane používať elektronickú osobnú schránku. Tými sú:

1. daňový subjekt, ktorý je platiteľom dane z pridanej hodnoty,
2. daňový poradca za daňový subjekt, ktorého zastupuje pri správe daní,
3. advokát za daňový subjekt, ktorého zastupuje pri správe daní.

Ostatné osoby môžu využívať služby elektronickej osobnej schránky na komunikáciu so správcom dane na vlastnú žiadosť.

Za pozornosť stojí skutočnosť, že zákon sa vyhýba bližšej konkretizácii uvedených pojmov. Je to veľmi pravdepodobne možné označiť za úmysel zákonodarcu, ktorý si tak necháva priestor pre ich bližšie vymedzenie v rámcovom predpise venovanému problematike elektronických úkonov.

Vo vzťahu k zákonu č. 300/2008 Sb. o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů (E-government Act) je nutné skonštatovať, že v prípade českej legislatívy je jednoznačným pozitívom rámcový charakter zákona, ktorý umožňuje všeobecnú použiteľnosť dátových schránok pri komunikácii so všetkými orgánmi verejnej správy.

V Slovenskej republike síce existuje legislatívny zámer zákona⁴ o elektronickej verejnej správe, ktorý schválila vláda dňa 1.10.2010, ale doposiaľ nebolo paragrafové znenie zákona predložené do parlamentu. Nastáva tak mierne paradoxná situácia, keď čiastková úprava elektronického doručovania v rámci daňového procesu predbieha rámcovú úpravu.

4. ZÁVER

Vo vzťahu k pripravovanej legislatíve, ako aj k deklarovaným zámerom je možné konštatovať, že slovenská právna úprava daňového procesu "dobieha" úpravu v moderných štátoch vrátane Českej republiky. Opísané kroky budú pri ich správnej aplikácii jednoznačne

⁴ Legislatívny zámer zákona o elektronickej verejnej správe [Online] [cit. 2011-05-15]
http://www.informatizacia.sk/ext_dok-egovernment-legislativny-zamer/8407c

prispievať k znižovaniu administratívnej záťaže daňových subjektov v Slovenskej republike a veľmi pravdepodobne prispajú v dlhodobom horizonte k zníženiu celkových nákladov súvisiacich s výberom daní na strane daňovej správy aj na strane daňových subjektov.

Literature:

- Koncepcia daňovej reformy v rokoch 2004 - 2006, Ministerstvo financií SR [Online] [cit. 2011-05-15] <http://www.finance.gov.sk/Default.aspx?CatID=3995#tag03>
- Legislatívny zámer zákona o elektronickej verejnej správe [Online] [cit. 2011-05-15] http://www.informatizacia.sk/ext_dok-egovernment-legislativny-zamer/8407c
- Tlačová správa - Daňové riaditeľstvo 9. marca 2011[Online] [cit. 2011-05-15] http://www.drslr.sk/drslr/slovak/poskytovanie_informacii/media/data/ts_11_edane.pdf

Contact – email

Matej.kacaljak@flaw.uniba.sk

DATOVÉ SCHRÁNKY - VÝVOJ PRÁVNÍ PRAXE A JUDIKATURY V
PRVNÍCH DVOU LETECH EXISTENCE

MICHAL KOŠČÍK

Department of Legal Theory, Masaryk university, Czech Republic

Abstract in original language

Datové schránky jsou unikátním projektem e-governmentu nejen v prostředí ČR ale poměrně velkou raritou i v Evropském a světovém kontextu. Zatímco před rokem bylo možné pouze odhadovat, jakým směrem se bude vyvíjet reakce judikatury na praktické problémy doručování do datových schránek, v současnosti už existují první zajímavé judikáty nejvyšších soudů. Cílem mého příspěvku je podat zprávu o vývoji první judikatury z této oblasti.

Key words in original language

Doručování, datové schránky, e-gouvernement, e-justice,

Abstract

So called "data mailboxes" are a unique project of e-government in both Czech and European context. The system was introduced in the year 2008 and have become fully operational since autumn 2009. This article focuses on the early case law of Czech courts on legal issues that arise in connection with the delivering via databoxes.

Key words

Delivering, databoxes, e-government, e-justice

Datové schránky se naproti všem negativním prognózám staly po roce a půl své existence běžnou součástí každodenního života správních orgánů, soudů, soukromých i veřejných právnických osob. Nebyly tak naplněny obavy z druhé poloviny roku 2009, které se týkaly scénáře naprostého kolapsu systému datových schránek, a to zejména kvůli technické nepřipravenosti orgánů veřejné moci.

Autor tohoto příspěvku vystoupil před rokem na stejném fóru s příspěvkem¹, který se zabýval příslibem datových schránek pro právní praxi a pravděpodobností jejich naplnění. Příspěvek tehdy došel k závěru, že ze tří hlavních cílů právní úpravy byly dva naplněny pouze částečně (efektivita doručování a přiblížení úřadu občanovi), přičemž třetí cíl finanční úspory nebyl naplněn vůbec. Naděje autora, že zákonná úprava

¹ Koščík, Michal Datové schránky - byly naplněny cíle právní regulace?. In COFOLA 2010: the Conference Proceedings. Vyd. 1. Brno : Masarykova univerzita, 2010. ISBN 978-80-210-5151-5, pp. 76-79. 2010, Brno.

datové schránky projde v průběhu roku 2010 revizí, se ukázaly být marné. Navzdory tomu lze v průběhu uplynulého roku vysledovat určitý vývoj, a to jak v oblasti judikatury – zejména judikatury nejvyššího správního soudu tak i praxe kdy se v polovině roku otevřela možnost doručování do datových schránek i mezi fyzickými a právníckými osobami navzájem. Cílem mého příspěvku je popsat zejména vývoj první judikatury s problematikou datových schránek.

K otázce zákonnosti doručování písemností poštou tam kde existuje datová schránka

Jedno z nejvíce diskutovaných témat období těsně před zavedením datových schránek byla otázka, zda doručení písemnosti osobě, jež má aktivovanou datovou schránku, může být považováno za platné. Právní předpisy stanovují jednoznačnou povinnost správních orgánů, resp. Orgánů veřejné moci doručovat do datové schránky vždy, pokud taková datová schránka existuje. Správní řád v obecných ustanoveních o doručování stanoví, že správní orgán doručí písemnost prostřednictvím veřejné datové sítě do datové schránky². Teprve není-li možné písemnost doručit prostřednictvím veřejné datové sítě do datové schránky, může správní orgán doručit datovou zprávu také prostřednictvím provozovatele poštovních služeb³, nebo ji může doručit sám⁴. Prakticky stejný postup doručování navíc upravuje také samotný zákon 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů (ZOU), který v § 17 odst. 1 říká, že orgán veřejné moci doručuje prostřednictvím datové schránky vždy, pokud to umožňuje povaha dokumentu a pokud se nedoručuje vyhláškou nebo na místě.

Jak se však dalo už před začátkem fungování systému předpokládat, život přinesl situace, kdy správní orgán navzdory jasné formulovaným předpisům omylem doručil písemnost poštou tam, kde měl povinnost doručovat do datové schránky.

Jeden z těchto případů již byl posuzován nejvyšším správním soudem v rozsudku z prosince roku 2010 čj. 51 A 3/2010 - 365, ve věci V.K proti u Krajskému úřadu Královéhradeckého kraje. Předmětem sporu byla pokuta za spáchání přestupku proti bezpečnosti a plynulosti provozu na pozemních komunikacích. Fyzická osoba, proti které bylo přestupkové řízení vedeno, datovou schránku aktivovanou neměla. V řízení však byla zastoupena advokátem, jež datovou schránku aktivovanou měl. V rámci řízení u Městského úřadu v Hořicích uvedl advokát do protokolu adresu pro doručování, kterou byla jeho „poštovní“ adresa. Po doručení rozhodnutí městského úřadu poštou na adresu advokáta, tento zásilku převzal a

² § 19 zákona č. 500/2004 Sb. v platném znění

³ § 19 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb. v platném znění

⁴ § 19 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. v platném znění

⁵ NSS rozsudek ze dne 16. prosince 2010 čj. 51 A 3/2010 – 36

následně napadl rozhodnutí městského úřadu u krajského soudu s tím, že mu nebylo doručeno v souladu s §19/1 správního řádu s námitkou, že rozhodnutí nenabýlo právní moci.

Krajský soud a následně nejvyšší správní soud se tak musely vypořádat se třemi důležitými otázkami:

1. Byla porušena zákonná pravidla pro doručování?
2. Pokud bylo účastníku fakticky doručeno, byť v rozporu se zákonem, může rozhodnutí nabýt právní moci?
3. Může si účastník řízení sám zvolit, jakým způsobem mu má být doručeno?

K první otázce zaujal soud jednoznačné stanovisko, když rozhodl, že správní orgány nerespektovaly pravidla pro doručování, když doručovaly svá rozhodnutí zástupci stěžovatele prostřednictvím provozovatele poštovních služeb⁶. K tomuto závěru mu stačil gramatický výklad ustanovení § 19 odst. 1 a 2 správního řádu, který jasně stanoví povinnost správního orgánu doručovat písemnosti primárně prostřednictvím veřejné datové sítě.

U otázky, zda rozhodnutí mohlo nabýt plné moci i když nebyla dodržena pravidla pro doručování, si Nejvyšší správní soud už s pouhým gramatickým výkladem nevystačil. Soud zde odmítl přijmout zcela formalistickou argumentaci žalobce a zdůraznil, že rozhodnutí městského úřadu bylo žalobci doručeno nezpochybnitelným způsobem, čím byla naplněna materiální funkce doručení, konkrétně seznámení se adresáta s obsahem písemnosti⁷. Závěr Nejvyššího správního soudu tak potvrdil převládající názor⁸, že v případě prokazatelného doručení písemnosti bude písemnost považována za doručenu. Nutno zdůraznit, že názor však v době zveřejnění rozsudku nebyl přijat všeobecně⁹, toto rozhodnutí tedy

⁶ Srov. Nejvyšší správní soud 1 As 90/2010 - 101

⁷ Srov. Nejvyšší správní soud 1 As 90/2010 - 101

⁸ Srov. Macková, A., Štědroň, B. Zákon o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů s komentářem, včetně souvisejících zákonů a prováděcích předpisů. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2009. s. 81 – 82 – Odvolání na tento názor je výslovně obsaženo v rozhodnutí 1 As 90/2010 - 101

⁹ Srov. Smejkal, V. v článku *"Datové schránky po roce"*, *Právní Rádce* dostupný z http://pravnihradce.ihned.cz/c4-10078260-45023570-F00000_d-datove-schranky-po-roce uvádí že „Lze takový písemný dokument doručeny v rozporu s právní úpravou považovat za řádně doručeny? Podle mého názoru není, neboť nebyl při doručování orgány veřejné moci dodržen postup předepsaný zákonem. Pokud zákon ukládá doručit určitou formou, pak není-li dodržena, nemůže být řádně doručeno, zejména proto, že účastník řízení legitimně očekává doručení do datové schránky a jiné komunikační kanály ani nesleduje, či nemá k dispozici.“

pravděpodobně bude mít poměrně velký vliv na to, jak budou orgány veřejné moci i účastníci řízení přistupovat k doručování do budoucna.

Další velmi zajímavou otázkou, kterou musel soud v souvislosti s tímto případem řešit, je možnost dispozice účastníka řízení se způsobem doručování. Nejvyšší soud vydal k této možnosti zamítavé stanovisko s tím, že adresa pro doručování zvolená účastníkem řízení podle § 19 odst. 3 správního řádu nemůže vyloučit doručování prostřednictvím veřejné datové sítě do datové schránky, má-li adresát rozhodnutí datovou schránku zřízenou a zpřístupněnu¹⁰. Tento závěr může mít důsledky zejména pro fyzické osoby, jež mají zřízenou datovou schránku. V současné praxi různých správních orgánů je běžné uvádět v dotaznících vedle trvalého bydliště i možnost uvedení jiné adresy pro doručování. Vyplňování těchto údajů se ve světle judikatury NSS jeví zcela zbytečné pro ty fyzické osoby, jež mají aktivovanou datovou schránku.

Otázky dodání a doručení dokumentu dle a §18 zákona o elektronických úkonech

Jisté interpretační potíže působila rovněž úprava doručování dokumentů vůči orgánům veřejné moci v § 18 zákona o elektronických úkonech. Znění zákona totižto neobsahovalo ustanovení obdobné § 17/2 ZOÚ, který pro doručování dokumentů orgány veřejné moci stanoví pravidlo, že dokument, který byl dodán do datové schránky, je doručen okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k dodanému dokumentu. Text zákona tak rozlišuje okamžik dodání a doručení do datové schránky. K tomu podává bližší vysvětlení Vladimír Smejkal:

"dodání" - datová zpráva je uložena do datové schránky osoby (jde o ekvivalent vhození dopisu do poštovní schránky, tj. zásilka se tímto okamžikem ocitne v moci adresáta, ale ještě nevíme, zda se s jejím obsahem mohl seznámit a zda tak učinil),

"doručení" - je dán buď okamžikem přihlášení se adresáta do jeho datové schránky (v ten moment jsou ve smyslu odst. 3 dokumenty doručeny), nebo náhradním doručením (fikcí)¹¹.

Při doručování dokumentů orgány veřejné moci dle § 17 ZOÚ nenastává dodání a doručení v jeden okamžik. Doručení nastává později než dodáním a moment doručení je určen buď přístupem do datové schránky, nebo fikcí.

¹⁰ Srov. 1 As 90/2010 - 102

¹¹ Smejkal, Vladimír. "Datové schránky po roce", Právní Rádce dostupný z http://pravniradce.ihned.cz/c4-10078260-45023570-F00000_d-datove-schranky-po-roce

Při doručování orgánům veřejné moci je však situace dle výkladu Nejvyššího správního soudu jiná.

V rozhodnutí 9 Afs 28/2010 – 79¹² ve věci žalobce: SYMINT a.s, proti Krajskému úřadu Zlínského kraje, zkoumal Nejvyšší správní soud otázku uplynutí lhůty pro podání kasační stížnosti. K vyřešení této otázky se soud logicky musel zabývat otázkou, ve který časový okamžik je dokument dodaný do datové schránky soudu skutečně doručen. Soud odmítl pro daný případ použít analogii znění §17/2 ZOÚ a použil obecná ustanovení o běhu lhůt, podle § 40 soudního řádu správního. S ohledem na systém fungování datových schránek, i na předchozí judikaturu Nejvyššího správního soudu a Ústavního soudu ČR¹³ soud nepovažoval časový okamžik „odeslání“ datové zprávy za nijak relevantní. Soud dále vyloučil možnost, že by doručení nastalo až přihlášením odpovědné osoby do datové schránky: „Není přijatelné, aby orgán veřejné moci vlastním postupem určil okamžik, kdy mu bude podání účastníka řízení předáno.“ Jedinou možností, jak určit okamžik doručení tedy zůstal okamžik faktického dodání do datové schránky soudu.

Otázky záměny datových schránek

Třetím problematickým zajímavým okruhem problémů je možnost záměny datových schránek, a to buď záměny osoby při dohledávání datových schránek, nebo záměny datových schránek tam kde jedna osoba disponuje s více než jednou datovou schránkou.

Od startu systému datových schránek bylo jen otázkou času, kdy dojde k chybnému doručení způsobenému záměnou osob. O tom, že se tyto případy stávají, podává svědectví i judikatura. Příkladem může být rozsudek NSS ve věci I. Z., proti žalované Česká správa sociálního zabezpečení¹⁴, kde se Nejvyšší správní soud snadno vypořádal s případem, kdy soud díky záměně osob se stejným jménem nedoručil předvolání žalobkyni. NSS zrušil *pro vadu řízení před soudem, která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé*¹⁵.

K záměně datových schránek zřízených jedné osobě se NSS nepřímou vyjádřil v rozhodnutí č. j. 7 Afs 46/2010 - 51¹⁶. V tomto případě bylo rozhodnutí krajského soudu doručeno poštou zástupkyni žalované, advokátce, jež byla shodou okolností i insolvenční správkyní, již byla

¹² K tožhodnutí blíže také Podhrázký Milan: Doručování do datové schránky soudu, 2010: Právní fórum 2010/11

¹³ N ÚS 250/05

¹⁴ 4 Ads 26/2010 - 127 ze dne 25. Srpna 2010

¹⁵ Srov. Nejvyšší správní soud - 4 Ads 26/2010 - 131 ze dne 25. Srpna 2010

¹⁶ Nejvyšší správní soud - 7 Afs 46/2010 - 511 ze dne 5. července 2010

zřízena datová schránka podnikající fyzické osoby. Tato následně namítala nezákonnost doručení, s odůvodněním, že jí mělo být doručováno do datové schránky. Nejvyšší správní soud však rozlišil mezi datovou schránkou podnikající fyzické osoby, insolvenční správkyň, a (neexistující) datovou schránkou advokátky, když uvedl:

V praxi to znamená, že např. insolvenční správce, který je současně překladatelem podnikajícím podle zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, ve znění pozdějších předpisů, bude mít ze zákona zřízenou datovou schránku podnikající fyzické osoby pro insolvenční správcovství a může si nechat zřídit na žádost datovou schránku podnikající fyzické osoby pro překladatelství, případně další podnikatelské činnosti. Totéž platí v případě, že insolvenční správce vykonává také advokátní praxi.

Zástupkyně stěžovatele měla sice datovou schránku, ale jako insolvenční správce. Doručoval-li jí tedy krajský soud napadené usnesení jako advokátce zastupující stěžovatele v řízení o žalobě, jež nesouviselo s tím, že je insolvenčním správcem, prostřednictvím držitele poštovní licence, postupoval v souladu se zákonem. Usnesení tedy nabylo právní moci dne 1. 3. 2010, kdy je zástupkyně stěžovatele osobně převzala.

Jak je patrné z rozhodnutí, Nejvyšší správní soud potvrdil důležitost rozlišovat, za jakým účelem byla datová schránka zřízena. Orgán veřejné moci nemůže do datové schránky insolvenčního správce doručovat písemnosti, jež s činnostmi insolvenčního správce nemají nic společného.

V případě, že Nejvyšší správní soud bude držet tuto názorovou linii, bude zajímavé sledovat, jak si poradí s případem, kdy dojde k záměně mezi dvěma datovými schránkami jedné fyzické osoby, například, že dokument určený pro insolvenčního správce X, bude doručen do jeho datové schránky jako podnikající fyzické osoby, advokátovi. Pokud bude soud rozlišovat datové schránky tak jak učinil ve věci 7 Afs 46/2010 - 51, bude muset konstatovat, že nebylo doručeno v souladu se zákonem. Pokud však bude držet argumentaci z rozhodnutí 51 A 3/2010 - 36¹⁷ (V.K proti u Krajskému úřadu Královéhradeckého kraje viz výše) dospěje pravděpodobně k závěru, že materiální podstata doručení byla naplněna, protože adresátu prokazatelně doručeno bylo. Otázkou je, jaký by pak mělo význam zřizování několika datových schránek jedné fyzické osobě.

Závěrem

O výše uvedené judikatuře správních soudů se dá říct, že se vyvíjí způsobem, který byl odbornou veřejností očekáván. Soudy chvályhodně

¹⁷ NSS rozsudek ze dne 16. prosince 2010 čj. 51 A 3/2010 – 36

nehledí pouze na gramatický výklad zákona a při řešení sporných otázek hledí na materiální stránku doručování. Datové schránky se staly nástrojem, který dokáže účinně zabránit účelovému protahování řízení vyhýbáním se doručení, které bylo poměrně běžné u tradičních forem doručování. Soudy tak dokázaly překlenout nedokonalosti textu vypracovaného zákonodárcem a stávající judikatura zatím pomáhá naplňovat účel zákona, jímž je efektivita komunikace ve veřejné správě.

Literature:

- Budiš, P., Hřebíková I.: Datové schránky fungování, doručování, bezpečnost, návody. , Olomouc : Anag, 2010. 287 p. ISBN 9788072636174
- Kučera, Z., Kyncl, L.: Data Mailboxes in the Czech Republic - Useful or Useless?. Masaryk University Journal of Law and Technology, Brno: p. 97-111 ISSN 1802-5943, 2010, ,
- Macková, A., Štědroň, B.: Zákon o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů s komentářem včetně souvisejících zákonů a prováděcích předpisů, Praha : Wolters Kluwer, 2009. 518 . ISBN 9788073574727.
- Koščík, M.: Datové schránky - byly naplněny cíle právní regulace?. In COFOLA 2010: the Conference Proceedings, Brno: Masarykova univerzita, 2010. pp. 76-79, ISBN 978-80-210-5151-5
- Podhrázký, M.: Doručování do datové schránky soudu, 2010: Právní fórum 2010/11, Praha: Wolters Kluwer, 2009, ISSN 1214-7966
- SMEJKAL, Vladimír: "Datové schránky po roce", Právní Rádce dostupný z http://pravniradce.ihned.cz/c4-10078260-45023570-F00000_d-datove-schranky-po-roce citovaný dne 14. května 2011
- SMEJKAL, Vladimír: Datové schránky v právním řádu ČR : zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, s komentářem., Praha : ABF, 2009. 176 s. ISBN 9788086284781

Contact – email

koscik@law.muni.cz

PROJEKTY E-HEALTH

JAKUB KRÁL

Právnická fakulta Masarykovy university, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se obecně zabývá problematikou digitalizace českého zdravotnictví. Jsou představeny nejdůležitější projekty eHealth včetně rozboru hlavních přínosů a rizik, jež bude jejich realizace představovat. Autor se také zabývá konkrétními příčinami systematického odporu vůči těmto projektům.

Key words in original language

eHealth, digitalizace, zdravotnictví, elektronická zdravotní dokumentace, e-preskripce, HTA, telemedicína

Abstract

This article deals with the scope of digitizing of the Czech health in general. There are presented the most important eHealth projects including analysis of main benefits and risks, which will be constituted by realization of these projects. Author is also concerned with particular reasons of the systematical aversion to them.

Key words

eHealth, digitizing, public health, electronic health evidence, e-prescription, HTA, telemedicine

ÚVOD

Tento příspěvek se věnuje velmi komplikovanému tématu, kterým je otázka digitalizace českého zdravotnictví v komplexním měřítku. Hlavním oborem, kterému jsem se rozhodl dlouhodobě a koncepčně věnovat, je farmaceutické právo, jakožto velmi dynamické a perspektivní subodvětví správního práva. V rámci odborných konferencí však inklinuji spíše k obecnějšímu tématu, které zasahuje různé segmenty správního práva, a sice digitalizaci veřejné správy a procesům či projektům souvisejícím. V rámci mezinárodní konference COFOLA 2010 jsem se zaměřil na doručování ve správním řízení, kde jsem hlavní důraz kladl na nové možnosti, které představuje doručování pomocí veřejné datové sítě, prostřednictvím e-mailu se zaručeným elektronickým podpisem a především doručování do datových schránek. Na podzim minulého roku jsem zůstal problematice eGovernmentu věrný a dokonce jsem se již přiblížil problematice zdravotnictví či samotného farmaceutického práva, neboť jsem se na konferenci Days of Law 2011 zabýval Centrálním úložištěm elektronických

receptů v kontextu ochrany osobních údajů. Náhoda tomu tak chtěla, že celá jedna podsekcce této konference COFOLA 2011 se věnuje problematice digitalizace veřejné správy a souvisejícím aspektům. Této příležitosti jsem se rozhodl plně využít a i tento příspěvek bude věnován oblíbené problematice zavádění počítačových technologií do fungování veřejného sektoru. Samotnou náplní příspěvku bude rozbor jednotlivých projektů digitalizace českého zdravotnictví známých pod jednotným názvem eHealth.

1. OBECNĚ K E-HEALTH

Elektronické zdravotnictví (eHealth) je souhrnné pojmenování pro celou řadu projektů, pro něž je společným jmenovatelem jejich založení na informačních a komunikačních technologiích, které podporují a zlepšují prevenci, diagnostiku, léčbu, sledování a řízení zdraví a životního stylu celé společnosti.

Hlavní podstatou projektů pod hlavičkou eHealth je interakce mezi pacienty a poskytovateli zdravotní péče, předávání důležitých údajů mezi zdravotnickými zařízeními nebo vzájemná komunikace mezi pacienty a experty v oblasti zdravotnictví. Většina projektů je zaměřena na sběr relevantních informací, jejich selekci a vyhodnocování, včetně následných rozhodovacích procesů, které by měly mít oporu právě ve zpracovaných datech. Svěbytné postavení má telemedicina a též projekty založené na vzdělávání v rámci systému zdravotnictví. Nelze též opomenout problematiku klinického hodnocení a Health Technology Assessment (HTA). V neposlední řadě je třeba upozornit na elektronickou preskripci léčiv a elektronický platební styk subjektů působících v systému českého zdravotnictví.

Společným motivem pro realizaci všech eHealth projektů byl měl být celkový přínos pro společnost v podobě zlepšení dostupnosti a zvýšení kvality poskytované zdravotní péče, posílení efektivity celého systému prostřednictvím větší informovanosti a zároveň odpovědnosti občana – pacienta, zajištění dlouhodobě finanční stability systému zdravotnictví. Je však zřejmé, že se v první fázi jedná o značnou investici, jejíž návratnost nelze garantovat v krátkodobém horizontu.

Zároveň je třeba uvést, že Česká republika se v tomto směru nesnaží o nic jiného, než o praktickou realizaci jedné z hlavní priorit Evropské unie, jejímž je členem. Sama Evropská unie totiž přechází k tzv. evropskému prostoru elektronického zdravotnictví, jenž má za úkol koordinovat jednotlivé činnosti a podporovat vzájemnou součinnost mezi členskými státy, a to s cílem sdílet osvědčená řešení a vyvarovat se opakování již vzniklých chyb. Hlavním pilířem těchto snah je vytvoření vzájemně kompatibilních projektů, které zajistí prostřednictvím informačních

technologií vzájemné sdílení dat, jež umožní zlepšení prevence civilizačních chorob, poskytování zdravotnických služeb on-line, elektronické předepisování léků a podpoří zdravý životní styl. Zároveň je však velkou prioritou ochrana práv jednotlivců, která se nejčastěji týká jejich soukromí, neboť daná oblast je velmi citlivá a je vytvářen velký tlak na zabezpečení všech dat před jejich zneužitím.¹

2. HLAVNÍ PROJEKTY E-HEALTH V ČESKÉ REPUBLICE

Na základě rozhodnutí ministra zdravotnictví ČR ze dne 1. 10. 2007 byl zřízen tzv. Mezirezortní koordinační výbor pro zavedení eHealth v ČR (dále jen „výbor“). Hlavní náplní činnosti výboru je pravidelná komunikace problematiky eHealth a s tím souvisejících témat, mapování jednotlivých projektů v oblasti eHealth, stanovení hlavních priorit, koordinace aktivit a následných postupů pro oblast eHealth a navrhování případných legislativních i nelegislativních úprav pro oblast eHealth.

V roce 2008 byly vytvořeny „Věcné záměry realizace projektů eHealth v České republice“. Zároveň byla schválena „Časová osa řízení projektů eHealth a rámcový harmonogram“. Na podkladě výše uvedených materiálů byly následně schváleny „Cíle projektů eHealth v České republice“. Za hlavní projekty byly označeny následující:

- Elektronická zdravotnická dokumentace
- Elektronická preskripce
- Elektronická identifikace pojištěnce a poskytovatele zdravotnických služeb, elektronický platební styk
- Registry a konsolidace resortních dat
- Klinické rozhodování, klinické protokoly a Health Technology Assessment
- Portál, vzdělávání a telemedicína

2.1 ELEKTRONICKÁ ZDRAVOTNICKÁ DOKUMENTACE

Tento projekt představuje patrně největší potenciál, bohužel však tomu přímo úměrně odpovídá i největší míra rizik v oblasti ochrany osobních

¹ http://ec.europa.eu/health-eu/care_for_me/e-health/index_cs.htm

údajů a soukromí pacienta jako takového. Primárním cílem je vzájemná informovanost všech poskytovatelů zdravotní péče. Je totiž velmi důležité, aby souhrn veškeré léčby, která je pacientovi poskytována různými subjekty, byl kompatibilní. Velmi často se stává, že je pacient léčen současně hned několika specialisty, kteří vzájemně nevědí o celkové medikaci. V současné době zásadním způsobem selhává proces přenosu důležitých informací o léčbě pacienta. Sám pacient si volí spektrum lékařů specialistů, kteří se o něj starají, nicméně osoba pacienta jako laika není v žádném případě schopna zajistit, že nebudou indikována léčiva, jež při vzájemné kombinaci způsobují celou řadu vedlejších účinků.

Elektronická zdravotnická dokumentace by i nadále byla primárně uložena v místě svého vzniku, tedy u poskytovatele zdravotní péče, ovšem nebyla by vedena v papírové formě, nýbrž elektronicky, a pomocí informačních technologií by byly určité výstupy k dispozici dalším subjektům, které se podílí na léčbě daného pacienta. Nejdůležitějším prvkem tohoto systému je vytvoření jednoznačné identifikace jak pacientů, tak všech oprávněných osob (lékařů, zdravotnických zařízení atd.).

Ministerstvo zdravotnictví ČR stanovilo následující soubor základních požadavků, které musí systém elektronické zdravotnické dokumentace splňovat:

- Dostupnost dat v nepřetržitém režimu on-line; bezpečný přístup k datům on-line
- Interoperabilita s navazujícími systémy a službami, které jsou součástí eHealth včetně stávajících i uvažovaných informačních systémů budovaných v rámci EU
- Dostupnost dat s pomocí web technologie; bezpečný přístup k datům prostřednictvím internetu
- Zabezpečený, autorizovaný a ověřitelný přístup k datům a transakcím s nimi
- Sdílení dat přes definované rozhraní v komunikačních sítích, které propojují komunity zdravotnických pracovníků a jednotlivé poskytovatele
- Maximální strukturovanost uložených informací, omezení množství volných textů ve zdravotní dokumentaci
- Podpora multimediálních formátů uložených informací
- Otevřenost vůči vývoji aplikací a služeb poskytovaných komerční sférou

- Záruka vysoké dostupnosti, zálohování a integrity dat²

2.2 ELEKTRONICKÁ PRESKRIPCE

Další významnou aktivitou, na které se podílí více subjektů současně v rámci léčby pacienta, je předepisování a následný výdej léčiv. Dnes jsou léčiva předepisována na papírový recept, který je předán přímo pacientovi, který ve většině případů navštíví lékárnu, která nabízí daný lék s nejnižším doplatkem, zde si lék vyzvedne a následně jej užívá plně v souladu s doporučeními, která získá částečně již od lékaře a v každém případě od lékárníka. V systému takovýchto papírových receptů však neexistuje prakticky žádná kontrola, že si pacient lék skutečně vyzvedl, natožpak, že jej skutečně správně užívá. Zároveň si pacient nemůže ověřit, co je na jeho číslo pojištění vykazováno za předepsaná a hrazená léčiva.

Hlavním smyslem tohoto projektu je tedy vytvořit určitý komunikační systém, jehož účastníkem bude pacient, lékař, lékárník i plátcí zdravotní péče reprezentované zdravotními pojišťovnami. Jako hlavní výhody tohoto plně elektronického systému lze uvést:

- Zvýšení bezpečnosti procesu (možnost redukce duplicitní preskripce)
- Zefektivnění řízení preskripce (přehled a včasná kontrola účtů a limitů)
- Zvýšení kvality (odstranění nečitelnosti, on-line dostupné aktuální přehledy léčiv)

Opět se jedná o projekt, který představuje zásadní investice na svém počátku, avšak v průběhu realizace by mělo docházet k úsporám na všech úrovních. Měl by být zajištěn přístup ke komplexním informacím o realizované medikaci, dále přehled o celkové míře spoluúčasti samotných pacientů a zároveň by měl být snížen počet opakovaných návštěv lékařů pouze z důvodu pravidelné preskripce.

Dalším benefitem systému by měla být alespoň částečná eliminace zneužívání léčiv a jiných nezákonných aktivit, jako je např. duplicitní

² Cíle projektů eHealth v České republice. Ministerstvo zdravotnictví ČR [online]. [cit. 2011-04-14]. Dostupné z: <http://www.mzcr.cz/dokumenty/cile-projektu-ehealth-v-ceske-republice_1031_840_1.html>.

vykazování. Naopak jednodušší by mělo být zajištění generické substituce léčiv³.

Realizace tohoto projektu však odhalila hned dvě naprosto zásadní Achillovy paty. První z nich spočívá v kategorickém odporu vůči přechodu na informační technologie ze strany lékařů, kteří jsou především v kategorii praktiků z velké části v předdůchodovém či dokonce již důchodovém věku a nemají naprosto žádnou motivaci vynakládat jakékoli finanční prostředky na vybavení svých ordinací novými informačními technologiemi. Dalším důvodem jejich odporu je nutnost určité úrovně počítačové gramotnosti, která však po většinu jejich kariéry nebyla vyžadována, a také se přirozeně brání jakýmkoli změnám v zavedených pořádcích. U pacientů je situace obdobná, většina chronických pacientů se rekrutuje z nejstarší části populace, která má také vůči moderním informačním technologiím velký respekt a zároveň velmi nízkou míru důvěry, neboť vše, co je v počítači, je snadno změnitelné a jednoduše zneužitelné.

Druhou Achillovu patu představují problémy spojené s tzv. Centrálním úložištěm elektronických receptů (dále jen „Centrální úložiště“). Jedná se o určitou sběrnou databázi, kam měly podle zákona doputovat potřebné informace získané z elektronických receptů, jež by mohly být následně využity v souladu s výše deklarovanými cíli. Prvním problémem byl způsob a rozsah takto získávaných dat v kontextu ochrany osobních údajů. Na zásadní nedostatky postupu Státního ústavu pro kontrolu léčiv, který spravuje celé Centrální úložiště, poukazovala hned o počátku celá řada subjektů v čele s Českou lékárnickou komorou. Celý spor týkající se ochrany osobních údajů skončil až pokutou, která byla Státnímu ústavu pro kontrolu léčiv udělena Úřadem pro ochranu osobních údajů. Soubor sbíraných dat byl zúžen, informační technologie byly lépe zabezpečeny, avšak problémem číslo jedna i nadále zůstává skutečnost, že elektronická preskripce zůstává zcela nevyužívána, a snahy o povinné nahrazení papírových receptů těmi elektronickými zajisté narazí opět na výrazný odpor, a to především ze strany lékařů.

2.3 ELEKTRONICKÁ IDENTIFIKACE POJIŠTĚNCE A POSKYTOVATELE ZDRAVOTNICKÝCH SLUŽEB, ELEKTRONICKÝ PLATEBNÍ STYK

Identifikace pojištěnce je dalším palčivým problémem nejen českého, ale i evropského či celosvětového zdravotnictví. Pacient pojištěnec je základní jednotkou systému a jeho identifikace je klíčová pro všechny související procesy.

³ Nahrazení originálního léčiva jeho generickým ekvivalentem.

Nejdůležitějšími přínosy digitalizace identifikace pojištěnců a poskytovatelů zdravotnických služeb spočívá v:

- objektivizaci sledování informačních vstupů
- sledování adresných informačních toků
- úspoře provozních nákladů poskytování péče včetně nákladů veřejného zdravotního pojištění

S elektronickými identifikátory pojištěnců, poskytovatelů zdravotní péče, ale i dalších subjektů úzce souvisí i problematika jakýchkoli registrů, informačních databází či elektronického platebního styku. Největším rizikem všech těchto systémů je hypotetická možnost zneužití velmi citlivých dat jak o samotném jednotlivci, tak o určitých skupinách pacientů. Elektronický identifikátor se tak stává naprosto klíčovým prvkem celé digitalizace českého zdravotnictví, neboť teprve od jeho úspěšné realizace můžeme úspěšně zavádět další navazující projekty. V současnosti se nejčastěji zmiňuje jako elektronický identifikátor zabezpečená čipová karta, která by umožňovala vstup do jednotlivých registrů či databází a zároveň by umožňovala elektronický platební styk.

2.4 REGISTRY A KONSOLIDACE RESORTNÍCH DAT

V českém zdravotnictví je pořizováno a zpracováváno neskutečně velké množství dat. Hlavním problémem tedy není, že bychom neměli o systému dostatek informací. Jde spíše o otázku filtrace dat, kompatibility jednotlivých registrů a databází, vyhodnocování zásadních informací a především navazující rozhodovací procesy. Právě k těmto účelům by měl sloužit projekt konsolidace resortních dat, tedy abychom neshromažďovali velké množství dat bez jakéhokoli užitku. Výsledkem projektu by mělo být koncepční zrevidování strategie a fungování Národního zdravotnického informačního systému (NZIS). V daném případě se nejedná pouze o zavedení moderních informačních technologií, které zajistí kompatibilitu jednotlivých registrů, nýbrž i odborné a metodické přehodnocení zpracovávání validních dat v rámci zdravotnictví.

Ministerstvo zdravotnictví ČR člení jednotlivé registry do následujících základních kategorií:

- Hygienické registry (zabývající se primárně dozorovou a epidemiologickou oblastí)
- Zdravotní registry (zahrnující informace o chorobách a výkonech)

- Organizační a informační registry (obsahující především statistické informace, slouží ke správě a integraci dílčích databází a umožňují posuzování efektivity celého systému)

NZIS by měl být hlavní platformou, určitým datovým prostředím, které bude vystavěno na jednom informačním systému, a postupem času bude integrovat jako dílčí moduly všechny dnes existující registry v rámci českého zdravotnictví. Projekt má dva naprosto zásadní požadavky – jedním je kompatibilita s mezinárodními informačními systémy, druhým je zajištění bezpečnosti všech takto spravovaných dat. Jednotné komunikační rozhraní pak propojuje další dílčí projekty jako např. elektronickou zdravotnickou dokumentaci, elektronickou preskripci, elektronickou identifikaci všech subjektů atd.

2.5 KLINICKÉ ROZHODOVÁNÍ, KLINICKÉ PROTOKOLY A HEALTH TECHNOLOGY ASSESSMENT

Tento dílčí projekt si klade především za cíl zajištění standardizovaných postupů jak při hodnocení samotné kvality poskytované zdravotní péče, zdravotních služeb či farmakoterapie, tak poměrování přínosů ve vztahu k nákladům. V ideálním případě by měl být zajištěn dlouhodobý růst kvality a bezpečnosti při zachování akceptovatelných nákladů či dokonce jejich snížení. Dosud neexistuje žádná celosvětově uznávaná a používaná metodika hodnocení využívaných standardů, guideline, klinických protokolů či systémů podporujících klinické rozhodování.

Velmi důležitým pojmem, který by na tomto místě neměl být opomenut, je tzv. Health Technology Assessment (dále jen „HTA“). V překladu se jedná o systémové hodnocení vlastností, účinku a důsledků zdravotnických technologií (léky, zdravotnické prostředky, lékařské přístroje, léčebné metody atd.). HTA se zabývá důkazy o přínosu a nákladech zdravotních intervencí, pracuje s vědeckými poznatky a vytváří jejich přehlednou syntézu. Důležitou složkou HTA je posuzování nákladové efektivity, tedy eticky velmi problematické složky, zda má společnost obětovat velké finanční prostředky na ty zdravotnické technologie, které přináší jen velmi malý přínos pro pacienta (např. prodloužení života o pár týdnů či měsíců bez zlepšení zdravotního stavu pacienta). Nedílnou součástí HTA je též identifikace nejlepších existujících postupů v rámci zdravotní péče.⁴

⁴ Rogalewicz, Vladimír. Hodnocení zdravotnických prostředků. In *Management zdravotnických prostředků ve světle novely zákona*. 2010.

2.6 PORTÁL, VZDĚLÁVÁNÍ A TELEMEDICÍNA

Hlavním posláním projektu je dosažení větší informovanosti běžných občanů o zdravotních službách (jejich systému, kvalitě, poskytovatelích), o právech pacienta, financování zdravotnictví, stejně jako sdělování odborných informací o nemocech a léčích.

Portál, který musí být samozřejmě dostatečně zabezpečený, avšak zároveň jednoduchý, umožní občanům aktivní přístup k jejich zdravotní dokumentaci a umožní tak jejich efektivnější zapojení jak do procesu prevence, tak případného poskytování zdravotní péče. Současný stav, kdy jsou záznamy a další informace roztroušeny v rámci sítě poskytovatelů zdravotní péče, toto neumožňuje. V žádném případě by nemělo dojít k nekontrolované centralizaci údajů o pacientech, nýbrž k vytvoření jednotné, technologicky otevřené platformy zajišťující snadnou a bezpečnou komunikaci mezi jednotlivými subjekty procesu poskytování zdravotních služeb. Základním předpokladem je samozřejmě návaznost na ostatní projekty eHealth a efektivní čerpání z jejich dat.

Ke zkvalitnění by mohlo dojít také v oblasti pre a postgraduálního vzdělávání. Elektronické materiály umožňující rychlou aktualizaci a mohou tak lépe reflektovat nejnovější vědecké poznatky, jejichž znalost je při snaze o stále kvalitnější péči o občany nezbytná. Plánuje se také prohloubení spolupráce s různými vzdělávacími institucemi v oblasti jednotného elektronického vzdělávání. Specifické postavení má i tzv. telemedicína, a to v rámci hodnocení výsledků na dálku (prostřednictvím informačních technologií). Jednalo by se o konzultace mezi pacienty, lékaři, poskytovateli zdravotních služeb bez nutnosti osobního kontaktu.⁵

ZÁVĚR

Obvykle na závěr svých příspěvků, které se věnují problematice digitalizace veřejné správy, uvádím, že jsem obezřetným podporovatelem rozvoje informačních technologií. Většinou má kritika nesměřuje ani tak do oblasti obecných vizí, zda je vůbec takový proces třeba, jako spíše popisují konkrétní nedostatky v rámci samotné realizace konkrétních projektů. Často na tomto místě skloňuji slova nepřipravenost materiální i personální či vysoká pořizovací cena. Málokdy však musím hovořit o systematickém odporu většiny zainteresovaných subjektů k projektu jako celku.

⁵ Cíle projektů eHealth v České republice. *Ministerstvo zdravotnictví ČR* [online]. [cit. 2011-04-14]. Dostupné z: <http://www.mzcr.cz/dokumenty/cile-projektu-ehealth-v-ceske-republice_1031_840_1.html>.

Těžko říct, proč právě u digitalizace zdravotnictví existuje tak velké množství zarytých odpůrců. Celá společnost je ve shodě, že oblast zdravotnictví není transparentní prostředí, které by pacientovi nabízelo přehledný soubor poskytovaných služeb, a to včetně vyjádření poměru kvalita versus cena. Při sepisování tohoto příspěvku jsem se zamýšlel nad negativy jednotlivých projektů eHealth, která mají za následek takové množství kritiky na samu opodstatněnost digitalizace českého zdravotnictví. Je naprosto zřejmé, že jednou ze skupin, které mají zájem na zachování stávajícího stavu, jsou ti, kteří dnes prostřednictvím nepřehlednosti systému z něj odvádí nemalé finanční prostředky. Druhou skupinu tvoří lidé, kteří nevěří obecně informačním technologiím, a to především v kombinaci se zabezpečením citlivých osobních dat. A pak nelze též opomenout faktor věku. Celá řada osob, které působí v oblasti zdravotnictví, mám tím na mysli především lékaře, nerada akceptuje zásadní změny v již zaběhlých a relativně fungujících pořádcích.

Osobně si myslím, že proces digitalizace většiny sfér fungování lidské společnosti je nevyhnutelný fakt a je již celkem jedno, jestli jsme příznivci či odpůrci informačních technologií. Jen je otázkou, jak dlouho je možné tento proces oddalovat v oblasti, která se reformuje snad nejkomplikovaněji ze všech, tedy v českém zdravotnictví.

Literature:

- Cíle projektů eHealth v České republice. Ministerstvo zdravotnictví ČR [online]. [cit. 2011-04-14]. Dostupné z: <http://www.mzcr.cz/dokumenty/cile-projektu-ehealth-v-ceske-republice_1031_840_1.html>.
- Elektronické zdravotnictví (eHealth). Portál EU o veřejném zdraví [online]. [cit. 2011-04-14]. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/health-eu/care_for_me/e-health/index_cs.htm>.
- Rogalewicz, Vladimír. Hodnocení zdravotnických prostředků. In Management zdravotnických prostředků ve světle novely zákona. 2010.

Contact – email

jakub.kral@mail.muni.cz

VÝZNAM INFORMAČNÍCH TECHNOLOGIÍ U ZDANĚNÍ NEMOVITOSTÍ NA ZÁKLADĚ TRŽNÍ HODNOTY

JANA KRANECOVÁ

Faculty of law, Masaryk university, Czech Republic

Abstract in original language

Cílem příspěvku je nastínit vybrané legislativní otázky, které souvisejí se zdaněním ad valorem s využitím relevantních informačních technologií. Poukazuje na skutečnost, že stanovení základu daně na základě tržní hodnoty neznamena jen zvýšení administrativních nákladů, ale i možnost jak zvýšit autonomní příjmy obcí. Příspěvek je zaměřen zejména na otázky právní úpravy zpracování dat a jejich využití. V této souvislosti si bude všimnat zejména hodnoty těchto informací.

Key words in original language

Informační technologie, nemovitosti, obce, příjem, zdanění.

Abstract

The aim of this article is to outline some legislative questions relative to ad valorem taxation using information technologies. It points out that the market value based taxation does not mean only higher administrative costs but also the possibility how to rise up the revenue of the municipalities. The article is focused on the legal regulation of data management and its utilization. In these circumstances it will note the value of the information.

Key words

Information technologies, municipality, real property, revenue, taxation.

České ministerstvo financí v posledních letech připravuje reformu zdanění pozemků. Představa je zavést systém ad valorem, tj. základ daně stanovený na základě hodnoty pozemku. Ministerstvo vybralo administrativně méně náročné řešení a to, že každá obec bude mít pravomoc rozdělit své území na několik zón podle vybudované infrastruktury, tedy podle ukazatelů, které de facto spoluurčují hodnotu pozemku. Ve svém příspěvku chci poukázat na některé související otázky, které navazují na implementaci ad valorem a které zatím zůstávají mimo dohled legislativních příprav.

První otázkou je samotné vytváření zón pro účely zdanění. Odborníci na oceňování důrazně doporučují využití tzv. geografických informačních

systémů (dále jen "GIS").¹ Portál územního plánování definuje GIS jako "automatizovaný systém pro sběr dat, jejich uchovávání, třídění, úpravu, analýzu a následné zobrazení. GIS poskytuje možnost znázorňovat realitu pomocí uskupení různých mapových vyjádření (např. topografické, geologické, hydrometeorologické, katastrální a jiné mapy, letecké snímky atd.), a to v libovolné kombinaci."² Umožňuje vytvářet modely oceňování, analýzu značného počtu dat, mohou být provázána s databázemi a pro státní správu nebo samosprávu tak mohou představovat značné zjednodušení.³ Navíc jejich význam roste v případě přeceňování, které je nezbytnou součástí spravedlivého a efektivního systému stanovení základu daně na základě tržní hodnoty pozemků.

Otázkou je zda, má smysl v České republice využívat GIS u zdanění pozemků v případě, kdy je stanovení zón zcela v pravomoci jednotlivých obcí. Počet obcí je v České republice přes 6000, co v propočtu na počet obyvatelů znamená, že máme velký počet malých obcí, které budou mít pravomoc zóny zdanění stanovit. V případě České republiky by nejspíše nedošlo ke vzniku problému při vytváření celorepublikového GIS pro účely zdanění v případě, že by se budoval na základech současného systému, který využívá katastr nemovitostí. V některých zemích, které se o implementaci ad valorem systému snaží, je vytvoření obdoby našeho katastru stěžejní záležitostí zejména s ohledem na nákladnost jeho vytvoření. Jsou země, kde jediné mapy, které mají k dispozici, jsou vojenské mapy z období 40. a 50. let minulého století.⁴ Data vkládaná do GIS jsou finančně nenáročnější součástí. Problém by podle mého názoru vznikl až v případě používání GIS

¹ Powers, S. Market Value and Mass Valuation: U.S. and International Practices. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).

Franzsen, R. Legal Framework for an Effective Value-Based Tax System. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).

McClusky, W. Market Analysis and Valuation Methods. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).

² Portál územního plánování. [cit. 2011-05-15]. Dostupné z: <http://portal.uur.cz/obecne-informace-o-uzemi/geograficka-data-informacni-systemy.asp>

³ Portál územního plánování. [cit. 2011-05-15]. Dostupné z: <http://portal.uur.cz/obecne-informace-o-uzemi/geograficka-data-informacni-systemy.asp>

Powers, S. Market Value and Mass Valuation: U.S. and International Practices. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).

Franzsen, R. Legal Framework for an Effective Value-Based Tax System. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).

McClusky, W. Market Analysis and Valuation Methods. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).

⁴ Franzsen, R. Political and Social Issues Related to Taxation of Property. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).

jednotlivými obcemi. Práce s ním je náročná a ne každá malá obec disponuje dostatečným personálním vybavením, např. v malých obcích, bývá celá samospráva realizována pěti zastupiteli, kteří navíc "neúřadují na plný úvazek", ale mají vlastní zaměstnání. Každopádně v případě Prahy, Brna, eventuálně dalších velkých měst by využití GIS při vytváření zón pro zdanění pozemků mělo význam. Nicméně v těchto městech už nějaké GIS nebo alespoň náznaky vytvořeny jsou.⁵ Zastávám názor, že vytvoření rozsáhlého systému pro zdanění pozemků je v našich podmínkách nadbytečné a, že by mělo zůstat na rozhodnutí konkrétní obce, zda se bude využívat GIS pro stanovení základu daně.

Každopádně bych ráda upozornila na jednu značnou výhodu, kterou využití GIS u zdanění nemovitostí přináší a to možnost zvýšit příjmy obcí. Informace, které jsou potřebné pro fungování GIS u stanovení základu daně, jsou cenným obchodovatelným artiklem. Na tuto skutečnost v našich podmínkách řada odborníků zapomíná. Pojímát informace o majetku jako předmět obchodování a příjem do rozpočtu vlastníka těchto informací odpovídá spíše angloamerickému způsobu myšlení.⁶ U nás jde do popředí u těchto otázek spíše ochrana osobních údajů. Možná je to způsobené vlivem německé právní kultury, možná kontinentální tradicí ochrany lidských práv a možná jen praktickou zkušeností, kdy každý najdeme důvod, proč nechceme, aby některé informace zejména o našem majetku byly přístupné, protože by mohly být lehce zneužitelné. Každopádně si však myslím, že se nesmí zapomínat pohlížet na informace z databáze pro zdanění nemovitostí jako na předmět vlastnictví. Potom bude na rozhodnutí konkrétní vlády jak, se rozhodne právně zakotvit obchodování s těmito informacemi. Významnou otázkou bude, zda budou tyto informace považovány za majetek obce nebo státu. Osobně se přikláním k tomu, aby byly majetkem obce. Pro skutečnou decentralizaci a finanční autonomii obce je zcela sštější aby se zvýšili autonomní příjmy obce místo toho, aby příjmy plynuli do státního rozpočtu a pak byly přerozdělovány zpátky obcím.⁷ Prodej informací tak může být zajímavým zdrojem vlastních příjmů obce. Další sštější otázka, kterou by bylo nutné vyřešit je právě výše uváděná ochrana osobních údajů. V této souvislosti je nutné poukázat na úspěšný příklad Slovinska, které pro účely zdanění na základě hodnoty vytvořilo

⁵ Portál územního plánování. [cit. 2011-05-15]. Dostupné z: <http://portal.uur.cz/obecne-informace-o-uzemi/geograficka-data-informacni-systemy.asp>

⁶ Powers, S. Market Value and Mass Valuation: U.S. and International Practices. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).

Franzsen, R. Legal Framework for an Effective Value-Based Tax System. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).

McClusky, W. Market Analysis and Valuation Methods. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).

⁷ Radvan, M. Zdanění majetku v Evropě. Praha : C.H. Beck, 2007, s. 347.

všestrannou webovou aplikaci, která slouží jak orgánům daňové správy, tak široké veřejnosti, tak prostřednictvím placeného přístupu i bankám, které z databáze získávají informace o majetku svých klientů, které jsou nezbytnou součástí procesu schvalování půjček a úvěrů.⁸

Využití informačních technologií při zdanění nemovitostí na základě tržní hodnoty nepřináší jen zvýšené náklady na zavedení GIS, proškolení pracovníků, ale může představovat zajímavý příjem do obecních rozpočtů, který by byl nezávislý na vůli ústřední vlády. Otázkou je, zda se v našich podmínkách najde politická vůle, která by o těchto možnostech navýšení autonomních příjmů obcí reálně uvažovala.

Literature:

- McClusky, W. Market Analysis and Valuation Methods. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).
- Franzsen, R. Legal Framework for an Effective Value-Based Tax System. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).
- Franzsen, R. Political and Social Issues Related to Taxation of Property. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).
- Market Value-Based Taxation of Real Property: Slovenia (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 19-23, 2010).
- Portál územního plánování. [cit. 2011-05-15]. Dostupné z: <http://portal.uur.cz/obecne-informace-o-uzemi/geograficka-data-informacni-systemy.asp>
- Powers, S. Market Value and Mass Valuation: U.S. and International Practices. (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 11-15, 2011).

⁸ Market Value-Based Taxation of Real Property: Slovenia (prezentace z Market Value-Based Taxation of Real Property, Ljubljana, Slovenia, April 19-23, 2010).

- Radvan, M. Zdanění majetku v Evropě. Praha : C.H. Beck, 2007.

Contact – email

kranecova@mail.muni.cz

QUO VADIS, EGOVERNMENT?

LIBOR KYNCL

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language

Cílem tohoto příspěvku je vymezit hlavní současné otázky a problémy týkající se racionalizace eGovernmentu v českém právu a v české právní praxi. Jeden z důležitých nástrojů racionalizace práva a racionalizace činnosti orgánů veřejné správy je právě využívání informačních a komunikačních technologií. Ale jsou současné ICT nástroje dostatečné, aby učinily eGovernment elektronickým, efektivním a evropským? Tato otázka bude zodpovězena s užitím příkladů základních registrů, které jsou v současné době připravovány, ICT infrastruktury orgánů veřejné správy a dalších existujících projektů českého eGovernmentu.

Key words in original language

Racionalizace; eGovernment; Česká republika; základní registry; ICT infrastruktura; veřejné zakázky.

Abstract

The aim of this paper is to outline the main contemporary issues and problems regarding the rationalisation of the eGovernment in the Czech law and in the Czech legal practice. One of important instruments in the rationalization of law and in the rationalization of public administration bodies' work is the usage of information and communication technologies. But are current ICT instruments sufficient to make eGovernment electronic, efficient, effective and European? This question will be answered using the examples of the basic registers that are currently being prepared, the ICT infrastructure for public administration bodies, the public procurement projects and other existing projects in the area of the Czech eGovernment.

Key words

Rationalisation; eGovernment; the Czech Republic; basic registers; ICT infrastructure; public procurement.

Úvod

Cílem tohoto příspěvku je pojednat o výhledech českého eGovernmentu a elektronizace české veřejné správy z pohledu současného práva. V tomto příspěvku se nebudu snažit o partikulární výklad postihující rozvoj všech důležitých institutů elektronické veřejné správy, důležité milníky však budou nastíněny. V příspěvku bude využito zejména metod analýzy, deskripce, v některých případech i komparace a zejména syntézy pro formulaci doporučení de lege ferenda.

Pojem a důležitost eGovernmentu

eGovernment lze definovat mnoha různými způsoby, přičemž základní přehled definic uvádí Tušerová.¹ Za nejjednodušší a zároveň nejobecnější považují definici Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), která dle Tušerové eGovernment ztotožňuje s "využitím informačních a komunikačních technologií, především internetu, jako prostředku k dosažení dobré (lepší) správy."² Smejkal dle Tušerové eGovernment spatřuje jako "různé úkoly, které se zabývají elektronizací výkonu činnosti veřejné správy nebo v širším pojetí spíše orgánů veřejné moci vůbec."³

Jako poslední definici uvádím definice od Štědrone (také zmiňovanou u Tušerové), pro něhož je eGovernment "sérií 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)."⁴ Na poslední definice lze vidět, jaký cíl by měl eGovernment sledovat (ač zacílení na rychlost a spolehlivost není explicitně stanovena jako povinnost orgánů veřejné moci).

Obsahem eGovernmentu tedy je elektronizace veřejné správy, nebo jinými slovy zavedení a využívání elektronických prostředků ve správněprávních činnostech. Do těchto správněprávních činností spadá veškerá činnost veřejné správy (tedy činnost státní správy i činnost samosprávy).

Polčák eGovernment uvádí mezi hlavními směry podpory informační společnosti.⁵ S tímto názorem se lze ztotožnit, neboť elektronizace veřejné správy může vést k významným úsporám výdajů, času i ke zvýšení efektivity fungování státu jako celku. Informační společnost, která je založena na informacích, potřebuje pracovat s informacemi od fyzických i právnických osob i s informacemi veřejného sektoru (PSI) vzniklými

¹ Tušerová, L. eGovernment a jeho projevy v českém právu. In Dny práva 2008 Days of Law. 1. vydání. Brno: Tribun EU s.r.o., 2008. s. 191. ISBN 978-80-210-4733-4.

² Tamtéž. Nebo v OECD: OECD Glossary of Statistical Terms - E-government Definition [online]. Citováno 12. května 2011. Dostupný z WWW: <<http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4752>>.

³ Tamtéž. Nebo v Mates, P., Smejkal, V.: Úvodem. In Mates, P., Smejkal, V.: E-government v českém právu. Praha: Linde, 2006, s. 9. ISBN 80-7201-614-8.

⁴ Tamtéž. Nebo v Štědroň, B.: Úvodem. In Štědroň, B. Občanské soudní řízení sporné a využití informačních technologií a právních informačních systémů - E-Justice. Praha: Linde, 2008, s. 15. ISBN 978-80-7201-714-0.

⁵ Polčák, R.: Pojem a právní aspekty informační společnosti. In Polčák, R.: Právo a evropská informační společnost, Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 98, ISBN 978-80-210-4885-0.

v rámci administrativní činnosti veřejné správy. Důležitost těchto informací lze dovodit i ze samotné existence Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/98/ES o opakovaném použití informací veřejného sektoru.⁶

Informace veřejného sektoru však nelze s eGovernmentem ztotožnit, neboť informace veřejného sektoru jsou pouze jedním z produktů eGovernmentu. Obecně má být produktem eGovernmentu efektivní a užitečná veřejná správa. V tomto případě mám za to, že je možno aplikovat Kantův vyhlášený protiklad mezi *sollen* a *sein*, který zmiňuje např. Chotaš.⁷

Proto se v tomto příspěvku ptám: je skutečně avizovaný cíl dosáhnout *sollen* v podobě efektivní a užitečné veřejné správy prostřednictvím užívání elektronických prostředků reálný? Lze vůbec dosáhnout efektivní a užitečné veřejné správy pouze pomocí elektronických prostředků?

Efektivita a užitečnost eGovernmentu

Jak vyplývá např. ze závěrů workshopu *Efficient and Effective eGovernment*, SMART 2008/0109 SC01, pojem eGovernmentu přímo neimplikuje efektivitu a užitečnost. Cílem Evropské unie je nikoli dosažení eGovernmentu, ale konkrétně dosažení efektivního a užitečného eGovernmentu.⁸

Ze zahraničních zkušeností s eGovernmentem vyplývá, že efektivita je indikátorem odlišujícím málo pokročilý eGovernment od velice pokročilého eGovernmentu.⁹ S efektivitou souvisí i zaměření na uživatele eGovernmentu (tedy občana) nebo naopak na veřejnou správu a procesy v rámci ní.¹⁰ Ve chvíli, kdy je eGovernment pouze přenesením stávajících služeb veřejné správy do elektronického prostředí, jedná se o přístup zaměřený na veřejnou

⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/98/ES ze dne 17. listopadu 2003 o opakovaném použití informací veřejného sektoru, v aktuálním znění.

⁷ Srov. Chotaš, J.: Kant v analytické a kontinentální filosofii [online]. Citováno 14. května 2011. Dostupný z WWW: <http://racionalita.flu.cas.cz/files/uploaded/UserFiles/File/2_chotas1.doc>.

⁸ Srov. Evropská komise: Workshop report *Efficient and Effective eGovernment* SMART 2008/0109 SC01 [online]. Citováno 3. května 2011. Dostupný z WWW: <<http://www.epractice.eu/files/SC01-Workshop%20on%20Efficient%20and%20Effective%20eGovernment-v1%200.pdf>>.

⁹ Srov. Evropská komise: Workshop report *Efficient and Effective eGovernment* SMART 2008/0109 SC01 [online]. Citováno 3. května 2011. Dostupný z WWW: <<http://www.epractice.eu/files/SC01-Workshop%20on%20Efficient%20and%20Effective%20eGovernment-v1%200.pdf>>.

¹⁰ Srov. Schelin, S. H.: *E-Government: An Overview*. In Garson, G. D.: *Public Information Technology: Policy and Management Issues*. Hershey: Idea Group Publishing, 2003. s. 129. ISBN 1-59140-060-0.

správu. Ale v současnosti je nejvíce doporučovaný přístup zaměřený na uživatele (občana), kterého se v České republice nedaří zcela dosáhnout.

Pro příklad neefektivního či neužitečného projektu eGovernmentu lze uvést český portál veřejné správy. Při porovnání s obdobným portálem veřejné správy v Estonsku vychází český portál veřejné správy výrazně hůře. Na rozdíl od českého portálu veřejné správy estonský portál veřejné správy zahrnuje obecné rozhraní pro podávání jakýchkoli úkonů vůči všem orgánům veřejné správy, byl zpracován společně mnoha dalšími interními systémy pro zpracování elektronických podání a pro práci s elektronickými materiály obecně a byl zaveden zároveň s elektronickými certifikáty pro estonské občany.¹¹ Český portál veřejné správy byl prakticky využíván pouze pro podávání úkonů vůči České správě sociálního zabezpečení, ač obecně umožňoval jakákoli podání. U českého portálu veřejné správy tedy nebylo plánováno zavést elektronické podpisy pro širokou veřejnost a nebyla při jeho řešení dostatečně zajištěna infrastruktura. Čeští občané si museli elektronické podpisy zřídit sami, což považují za přístup zaměřený na veřejnou správu, zejména na její úsporu výdajů (V té době bylo v České republice vydáno velmi málo elektronických podpisů.)¹²

Jaký tedy existuje významný rozdíl mezi českým portálem veřejné správy a estonským portálem veřejné správy? Český portál veřejné správy byl připravován poměrně narychlo, dříve než estonský portál veřejné správy. Estonský portál veřejné správy byl připravován mnohem déle a jeho finální dopad byl v konečném efektu mnohem větší.¹³ V Estonsku došlo k výrazným změnám právní regulace, které zároveň posílily efektivitu a užitečnost fungování veřejné správy. U českého portálu veřejné správy se neuvažovalo nad efektivností procesů, jednalo se pouze o přidání jednoho partikulárního nástroje pro zvýšení transparentnosti veřejné správy, který byl vyžadován z hlediska tehdejšího Evropského společenství. Portál veřejné správy nebyl doprovázen prakticky žádnými výraznějšími novelizacemi obecných právních předpisů (občanský zákoník, občanský soudní řád, správní řád, ...) směřujícími k elektronizaci, byl pouze přijat nový zákon o informačních systémech veřejné správy a byly upraveny vnitřní předpisy některých orgánů veřejné správy.¹⁴ Motivace jeho vzniku

¹¹ Srov. Kalja, A., Reitsakas, A., Saard, N.: eGovernment in Estonia: Best Practices [online]. Citováno 12. května 2011. Dostupný z WWW: <http://www.ria.ee/public/x_tee/eGovernment_in_Estonia.ppt>.

¹² Srov. Kyncl, L. Information Systems of Tax Administration in the Czech Republic. In Eastern European eGov Days 2009 - Conference Proceedings. Wien : Oesterreichische Computer Gesellschaft (OCG), 2009. ISBN 978-3-85403-253-3. s. 213 - 214.

¹³ Srov. Kalja, A., Reitsakas, A., Saard, N.: eGovernment in Estonia: Best Practices [online]. Citováno 12. května 2011. Dostupný z WWW: <http://www.ria.ee/public/x_tee/eGovernment_in_Estonia.ppt>.

¹⁴ Zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy, ve znění pozdějších předpisů.

byla větší přehlednost a transparentnost veřejné správy, čehož bylo dosaženo, ale pouze povrchně.

Dalším obdobným případem byly datové schránky. V době přípravy datových schránek v České republice začala příprava systému DE-Mail ve Spolkové republice Německo.¹⁵ Celková koncepce datových schránek reaguje na efektivitu a účinnost mnohem lépe, než koncepce portálu veřejné správy. U datových schránek byl autory této ideje předpokládán dopad na právní předpisy a na fyzické a právnické osoby. Oproti portálu veřejné správy, datové schránky již reagovaly na konkrétní aplikační problémy nastávající dlouhodobě v České republice. Jako jeden z problémů bylo identifikováno pomalé doručování právnickým osobám a pomalé doručování mezi orgány justice, státní správy a samosprávy navzájem. Pro tyto orgány bylo zakotveno zastřešující označení orgány veřejné moci.¹⁶ Jednalo se tedy o reakci na konkrétní problémy obnášející konkrétní změny legislativy (reformu doručování), které zasahovaly i do sféry elektronizace.

Základní registry, jejichž start byl původně plánován na 1. července 2011, budou v provozu až od 1. července 2012.¹⁷ Motivace této změny pravděpodobně spočívá v odstrašujícím příkladu datových schránek, které ukázaly některá slabá místa českého eGovernmentu. Ač datové schránky již téměř dva roky fungují, při jejich zavádění se jasně ukázalo, že i při elektronizaci veřejné správy platí staré přísloví: "Dvakrát měř, jednou řež." Při svém spuštění totiž datové schránky přinesly mnoho problémů s doručováním a odesíláním elektronických písemností, vyjadřovaly se k nim ve své judikatuře i Nejvyšší správní soud a Nejvyšší soud a některé otázky datových schránek zákon neřešil (např. okamžik doručení orgánu veřejné moci).¹⁸

Podoba systémů eGovernmentu v České republice je do jisté míry ovlivněna regulací informačních systémů veřejné správy.¹⁹ Tvorba informačních systémů veřejné správy s sebou nese pro jejich správce více právních povinností v porovnání s tvorbou soukromých informačních systémů. Vedle

¹⁵ Srov. Federal Ministry of the Interior: BMI - De-Mail -The citizen portals project: Making online communication more reliable and secure [online]. Citováno 8. května 2011. Dostupný z WWW: <<http://www.bmi.bund.de/EN/Themen/OeffentlDienstVerwaltung/ModerneVerwaltung/DE-Mail/demail.html>>.

¹⁶ Srov. § 1 odst. 1 zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁷ Srov. čl. I zákona č. 100/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 111/2009 Sb., o základních registrech, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁸ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 51 A 3/2010 - 36.

¹⁹ Dále též ISVS.

informačních povinností zhotovitelů²⁰ tyto povinnosti zahrnují atestaci informačního systému před jeho spuštěním.²¹

Diskuze a závěr

V tomto příspěvku jsem se zaměřil na rekapitulaci stavu českého eGovernmentu a výhledů do budoucnosti. I když v rozsahu tohoto příspěvku nebyl dostatek prostoru pro zmínění každého soudobého problému v oblasti eGovernmentu, pokusil jsem se postihnout alespoň základní problémy. Na základě komparace v tomto příspěvku konstatuji, že při porovnání eGovernmentu v České republice a v některých jiných evropských státech má český eGovernment značné rezervy - nikoli z hlediska technického, ale z hlediska celkové koncepce a propracovanosti.

Identifikoval jsem zejména následující slabá místa českého eGovernmentu a jeho právní úpravy:

- Informační systémy veřejné správy nejsou dle českého práva vůbec posuzovány z hlediska jejich rychlosti, funkčnosti a konzistence se stávajícími systémy, jejich posuzování se zaměřuje především na formální aspekty jejich zhotovení zadavatelem. Zřetelně absentuje posouzení možnosti automatického propojení a posouzení rozhraní vůči ostatním systémům, které je nezbytné při masové interakci jednotlivých systémů veřejné správy mezi sebou.
- Na některých úsecích existují připomínky orgánů aplikujících právo při využití elektronických prostředků, ale při tvorbě nového systému nejsou tyto připomínky dostatečně brány v úvahu na úrovni novelizace stávající právní úpravy i na úrovni úpravy původního záměru informačního systému.
- Některé procesy eGovernmentu jsou prakticky pouze převedením listinného formuláře do elektronické podoby. Při elektronickém podávání však není vždy nutné vycházet ze stávající podoby správněprávního úkonu (je vhodné např. data, která již má orgán veřejné moci k dispozici, předvyplnit, aby občan nemusel vyplňovat údaje již známé veřejné správě). V rámci typologie eGovernmentu, kterou uvádí Schelin, by zavedení právě tohoto předvyplňování zřejmě představovalo přechod z fáze č. 3 dosažené

²⁰ Dle § 2 odst. 1 zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů.

²¹ Dle § 6d zákona č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy, ve znění pozdějších předpisů.

v České republice v současnosti, tj. interaktivní přítomnosti na webu, do fáze č. 4, transakční přítomnosti na webu.²²

- Některé úkony v rámci eGovernmentu jsou pro stát zdrojem informací, které již má k dispozici, ale v jiné formě. Zde se jedná např. o sčítání lidu, domů a bytů v roce 2011, které státu pouze sčítalo údaje, které již má k dispozici v evidenci obyvatel, Katastru nemovitostí a dalších evidencích. Tyto informace by měly být napříště získávány vnitřními postupy v rámci veřejné správy.

- Mám za to, že do budoucna by měla být podmínka efektivnosti a užitečnosti využití informačních technologií zakotvena přímo v právních předpisech. Jako optimální umístění se mi jeví ustanovení o dlouhodobém řízení informačních systémů veřejné správy, které by mělo k efektivitě a užitečnosti směřovat (srov. § 5a zákona č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy, ve znění pozdějších předpisů).

Obecně lze říci, že eGovernment je v současné době důležitým nástrojem pro zvýšení efektivity veřejné správy v České republice. eGovernment bez dalších změn veřejné správy však není tzv. "samospasitelný". Pokud česká veřejná správa (resp. její statutární orgány) zamýšlí eGovernment opravdu využívat ke zlepšení svého fungování, nelze jej nikdy využít samotný. Elektronizaci je vždy třeba provádět zároveň s dalšími úkony vedoucími ke zvýšení efektivity veřejné správy. Zde odkazuji na výše zmíněné výstupy z workshopů Evropské komise, které docházejí k těmto závěrům.

Na základě výše uvedeného tedy dovozují, že bylo dosaženo cíle článku, přičemž jsem také formuloval základní doporučení pro budoucí normotvorbu na úseku eGovernmentu.

Literature:

- Evropská komise: Workshop report Efficient and Effective eGovernment SMART 2008/0109 SC01 [online]. Citováno 3. května 2011. Dostupný z WWW: <http://www.epractice.eu/files/SC01-Workshop%20on%20Efficient%20and%20Effective%20eGovernment-v1%200.pdf>.
- Federal Ministry of the Interior: BMI - De-Mail -The citizen portals project: Making online communication more reliable and secure [online]. Citováno 8. května 2011. Dostupný z WWW:

²² Srov. Schelin, S. H.: E-Government: An Overview. In Garson, G. D.: Public Information Technology: Policy and Management Issues. Hershey: Idea Group Publishing, 2003. s. 129. ISBN 1-59140-060-0.

- <<http://www.bmi.bund.de/EN/Themen/OeffentlDienstVerwaltung/ModerneVerwaltung/DEMail/demail.html>>.
- Chotaš, J.: Kant v analytické a kontinentální filosofii [online]. Citováno 14. května 2011. Dostupný z WWW: <http://racionalita.flu.cas.cz/files/uploaded/UserFiles/File/2_chotas1.doc>.
 - Kalja, A., Reitsakas, A., Saard, N.: eGovernment in Estonia: Best Practices [online]. Citováno 12. května 2011. Dostupný z WWW: <http://www.ria.ee/public/x_tee/eGovernment_in_Estonia.ppt>.
 - Kyncl, L. Information Systems of Tax Administration in the Czech Republic. In Eastern European e|Gov Days 2009 - Conference Proceedings. Wien : Oesterreichische Computer Gesellschaft (OCG), 2009. ISBN 978-3-85403-253-3. s. 211 - 217.
 - Mates, P., Smejkal, V.: E-government v českém právu. Praha: Linde, 2006, 244 s. ISBN 80-7201-614-8.
 - OECD: OECD Glossary of Statistical Terms - E-government Definition [online]. Citováno 12. května 2011. Dostupný z WWW: <<http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4752>>.
 - Polčák, R.: Právo a evropská informační společnost, Brno: Masarykova univerzita, 2009, 202 s., ISBN 978-80-210-4885-0.
 - Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 51 A 3/2010 - 36.
 - Schelin, S. H.: E-Government: An Overview. In Garson, G. D.: Public Information Technology: Policy and Management Issues. Hershey: Idea Group Publishing, 2003. s. 120 - 137. ISBN 1-59140-060-0.
 - Štědroň, B. Občanské soudní řízení sporné a využití informačních technologií a právních informačních systémů - E-Justice. Praha: Linde, 2008. 280s. ISBN 978-80-7201-714-0.
 - Tušerová, L. eGovernment a jeho projevy v českém právu. In Dny práva 2008 Days of Law. 1. vydání. Brno: Tribun EU s.r.o., 2008. od s. 190-197, 8 s. ISBN 978-80-210-4733-4.

Contact – email

libor.kyncl@law.muni.cz

ELEKTRONICKÉ NÁSTROJE NA PODPORU AML/CTF OPATŘENÍ

MICHAELA MOŽDIÁKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Cílem tohoto příspěvku je kriticky zhodnotit současný stav související s elektronickými nástroji na podporu opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu. Po krátkém úvodu se autorka zaměří na problematiku oznamování podezřelých obchodů finančním zpravodajským jednotkám se zaměřením na Českou republiku. Důraz bude kladen na elektronické nástroje pro oznamování podezřelých obchodů, zvláště na aplikaci zvanou MoneyWeb.

Key words in original language

Elektronické nástroje, finanční zpravodajská jednotka, financování terorismu, MoneyWeb, praní špinavých peněz.

Abstract

The purpose of this paper is to evaluate the current state of affairs related to the electronic instruments supporting anti-money laundering and counter terrorism financing measures. The author will focus on reporting of suspicious transactions to the financial intelligence units, especially in the Czech Republic. The emphasis will be placed on electronic instruments of suspicious transactions reports, in particular on application called MoneyWeb.

Key words

Electronic instruments, financial intelligence unit, money laundering, MoneyWeb, terrorism financing.

1. ÚVOD

Opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu jsou jedním z nástrojů pro boj proti praní špinavých peněz a pro boj proti financování terorismu, jehož účelem je uchování stop po přesunech majetku a sledování jeho původu.¹ Hlavním cílem těchto opatření je *zabránění*

¹ Více k pojmům boj proti praní špinavých peněz a pro boj proti financování terorismu viz. MOŽDIÁKOVÁ, M., SALINKOVÁ, A. The Measures Against Legalisation of Proceeds of Crime and of Financing Terrorism. In *Global Conference on Business and Finance Proceedings*. San Jose : The Institute for Business and Finance Research, 2010.

zneužívání finančního systému k legalizaci výnosů z trestné činnosti a k financování terorismu. Dalším cílem je vytvoření podmínek pro odhalování takového jednání.² Opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu jsou v mnoha zemích upraveny normativně jednotně a obvykle je pro ně též užívána souhrnná zkratka - AML/CTF.³

V České republice je legislativní základna AML/CTF opatření tvořena zákonem č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů (dále také jako "ZLeg").⁴ Srovnám-li regulaci AML/CTF opatření v České republice a Slovenské republice, lze konstatovat, že i v této zemi jsou AML/CTF opatření upravena jedním základním předpisem.⁵ ZLeg vychází z předpisů EU, přičemž definuje jak pojmy legalizace výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, tak podezřelý obchod, obsahuje výčet osob povinných provádět identifikaci svých klientů a stanovuje těmto další povinnosti. ZLeg upravuje činnost Ministerstva financí České republiky, stanovuje jeho kompetence v rámci AML/CTF opatření a dále obsahuje katalog správních deliktů na daném úseku.

Za užití vysoké míry abstrakce lze konstatovat, že základem fungování AML/CTF opatření je povinnost tzv. povinných osob provádět při naplnění určitých podmínek identifikaci svých klientů (zákazníků) a sledovat, zda tito neprovádějí podezřelé transakce. Případné podezřelé transakce musí povinné osoby oznamovat kompetentnímu orgánu, kterým jsou ve většině zemí, kde jsou AML/CTF opatření zavedeny, tzv. finanční zpravodajské jednotky (dále také jako "FIU").⁶ Hlavním úkolem FIU je přijímat od povinných subjektů oznámení o podezřelých obchodech, tyto analyzovat

² § 1 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů.

³ Zkratka z anglického výrazu „Anti Money Laundering / Counter Terrorism Financing“. Výraz CTF je používán nejednotně, lze se setkat i s jeho obměnou - CFT ("Combating the Financing Terrorism").

⁴ Tento zákon je účinný od 01.09.2008 a nahradil předchozí 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, který byl účinný od 01.07.1996 do 31. 08.2008, kdy byl zrušen výše uvedeným zákonem.

⁵ Zákon č. 297/2008 Z.z., o ochrane pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti a ochrane pred financovaním terorizmu a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ve znění pozdějších předpisů. Srov. MOŽDIÁKOVÁ, M., CHALUPECKÁ, K. Postup při podezřelém obchodu dle zákona o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti. In *Milníky práva v stredoeurópskom priestore 2009, II. časť*. Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislavě, Právnická fakulta, 2009.

⁶ Zkratka z anglického výrazu "Financial Intelligence Unit".

a v případě podezření ze spáchání trestného činu⁷ podávat trestní oznámení orgánům činným v trestním řízení. FIU pro Českou republiku je od roku 1996 Ministerstvo financí České republiky, resp. Finanční analytický útvar (dále také jako "FAÚ"), který je jeho součástí.⁸

S ohledem na skutečnost, že AML/CTF opatření jsou tématem velmi širokým, zaměřím se nyní detailně pouze na problematiku oznamování podezřelých obchodů povinnými osobami FAÚ.

2. PODEZŘELÝ OBCHOD, JEHO OZNÁMENÍ A NÁLEŽITOSTI

Podezřelým obchodem je dle zákonné definice obchod⁹ uskutečněný za okolností vyvolávajících *podezření* ze snahy o legalizaci výnosů z trestné činnosti nebo podezření, že v obchodu užitě prostředky jsou určeny k financování terorismu, anebo jiná skutečnost, která by mohla takovému podezření nasvědčovat. ZLeg dále obsahuje demonstrativní výčet obchodů, které mohou výše uvedené podezření vyvolat a to pokud klient provádí výběry nebo převody na jiné účty bezprostředně po hotovostních vkladech, během jednoho dne nebo ve dnech bezprostředně následujících uskuteční vkladu, klient provádí nápadně více peněžních operací, než je pro jeho činnost obvyklé, počet účtů zřizovaných klientem je ve zjevném nepoměru k předmětu jeho podnikatelské činnosti nebo jeho majetkovým poměrům, klient provádí převody majetku, které zjevně nemají ekonomický důvod, prostředky, s nimiž klient nakládá, zjevně neodpovídají povaze nebo rozsahu jeho podnikatelské činnosti nebo jeho majetkovým poměrům, účet klienta je využíván v rozporu s účelem, pro který byl zřízen, klient vykonává činnosti, které mohou napomáhat zastření jeho totožnosti nebo zastření totožnosti skutečného majitele, klientem nebo skutečným majitelem je osoba ze státu, který nedostatečně nebo vůbec neuplatňuje opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, nebo má povinná osoba pochybnosti o pravdivosti získaných identifikačních údajů o klientovi.¹⁰

⁷ Z podstaty věci půjde nejčastěji o trestný čin legalizace výnosů z trestné činnosti (včetně jeho nedbalostní formy), trestný čin teroru a obdobné trestné činy. Více viz. ust. § 216, §217, § 311 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁸ Oficiálně zařazen do struktury Ministerstva financí České republiky jako odbor 24 - Finanční analytický.

⁹ § 4 odst. 1 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů, definuje obchod jako každé jednání povinné osoby s jinou osobou, pokud takové jednání směřuje k nakládání s majetkem této jiné osoby nebo k poskytnutí služby této jiné osobě.

¹⁰ § 6 odst. 1 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů.

Zde je na místě výše uvedené pro přehlednost zjednodušit. Lze konstatovat, že podezřelými obchody jsou anomálie v chování klienta, resp. obchody probíhající za takových okolností, kdy lze i s nižším stupněm pravděpodobnosti předpokládat zneužití prostředků k praní špinavých peněz nebo financování terorismu.¹¹ Vyhodnocení podezřelosti jako znaku podezřelého obchodu je tak na uvážení povinné osoby. Dle mého názoru může být toto ustanovení, jak vysvětlím níže, v praxi dosti problematické.

Výše uvedený katalog podezřelých obchodů není z povahy věci úplný a dle mého mínění bude vždy záležet na charakteru povinné osoby, resp. předmětu jejího podnikání, s jakými typy podezřelých obchodů se při své činnosti bude střetávat. V tomto směru považuji za žádoucí, aby FAÚ vytvořil zejména pro povinné osoby spadající do třetí a čtvrté kategorie povinných osob právně nezávazný dokument (manuál), který by obsahoval příkladný výčet podezřelých obchodů pro jednotlivé typy povinných osob.

Za podezřelý obchod je dále nutné *bez výjimky* považovat obchod, kdy klientem nebo skutečným majitelem je osoba, vůči níž Česká republika uplatňuje mezinárodní sankce podle zákona o provádění mezinárodních sankcí, předmětem obchodu je nebo má být zboží nebo služby, vůči nimž Česká republika uplatňuje sankce podle zákona o provádění mezinárodních sankcí, nebo se klient odmítá podrobit kontrole nebo odmítá uvést identifikační údaje osoby, za kterou jedná.¹² Povinná osoba takovýto podezřelý obchod hlásí obligatorně, není jí tedy dán prostor ke zvážení, zda je naplněn znak podezřelosti obchodu. Podezřelost obchodu je zde tak dána automaticky.

Mezi jednu ze základních povinností povinných osob patří oznámit v případě zjištění podezřelého obchodu tuto skutečnost FAÚ.¹³ Jedná se o tzv. *notifikační povinnost*, kterou musí povinná osoba splnit v určitých lhůtách, jinak se vystavuje riziku spáchání správního deliktu nesplnění oznamovací povinnosti, kde může být jako sankce uložena pokuta až do výše 5.000.000,- Kč, případně až do výše 50.000.000,- Kč, pokud bylo neoznámením podezřelého obchodu povinnou osobou znemožněno nebo ztíženo zajištění nebo odčerpání výnosu z trestné činnosti nebo umožněno financování terorismu.¹⁴ Otázkou související s výše uvedeným je, zda lze uložit sankci povinné osobě, která se v rámci svého oprávnění uvážit, zda je

¹¹ Důvodová zpráva k návrhu zákona o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu.

¹² § 6 odst. 2 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů.

¹³ § 18 odst. 1 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů.

¹⁴ § 46 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů.

naplněn znak podezřelosti obchodu, rozhodla, že tento znak naplněn není, a nesplní tak svoji notifikační povinnost. FAÚ může následně situaci vyhodnotit jinak a považovat chybné rozhodnutí povinné osoby za správný delikt nesplnění oznamovací povinnosti. Dle mého názoru se takovým jednáním povinná osoba správného deliktu dopouští, protože jak vyplývá z díkce ZLeg, nese odpovědnost za správnou kvalifikaci znaku podezřelosti obchodu. V případě nejistoty týkající se kvalifikace lze doporučit za účelem snížení takového rizika notifikační povinnost splnit.

Oznámení podezřelého obchodu (dále také jako "OPO") musí povinná osoba ohlásit FAÚ bez zbytečného odkladu, nejpozději do 5 kalendářních dnů ode dne zjištění podezřelého obchodu. Za zpřísněných podmínek, tedy oznámit podezřelý obchod neprodleně po jeho zjištění, musí povinná osoba v případě, kdy to vyžadují okolnosti případu. ZLeg k tomu demonstrativně uvádí situaci, kdy hrozí-li nebezpečí z prodlení.¹⁵ Lhůty k oznámení podezřelého obchodu jsou svojí povahou lhůtami hmotněprávními, odvíjí se od okamžiku zjištění podezřelého obchodu povinnou osobou a pro jejich splnění je rozhodující okamžik doručení OPO FAÚ.

Náležitosti OPO jsou stanoveny ZLeg tak, že povinná osoba musí uvést identifikační údaje toho, koho se oznámení týká, identifikační údaje všech dalších účastníků obchodu, které má v době podání oznámení k dispozici, informace o podstatných okolnostech obchodu a jakékoli další informace, které by mohly s podezřelým obchodem souviset a jsou významné pro jeho posouzení z hlediska opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti nebo financování terorismu. Pokud se podezřelý obchod týká majetku a na který se vztahuje mezinárodní sankce vyhlášená za účelem udržení nebo obnovení mezinárodního míru a bezpečnosti, ochrany základních lidských práv nebo boje proti terorismu, musí povinná osoba na tuto skutečnost v OPO upozornit a uvést stručný popis tohoto majetku, údaje o jeho umístění a jeho vlastníkov, pokud je povinné osobě znám, a informaci, zda hrozí bezprostřední nebezpečí poškození, znehodnocení nebo užití tohoto majetku v rozporu s ZLeg.¹⁶

Dále musí povinná osoba FAÚ sdělit jméno, příjmení a pracovní zařazení kontaktní osoby nebo osoby, která za povinnou osobu zpracovávala oznámení podezřelého obchodu (zpracovatel), a možnosti telefonického, popřípadě elektronického spojení s touto osobou. Zde je namístě upozornit na skutečnost, že tato kontaktní osoba nebo zpracovatel není osobou, která podezřelý obchod zjistila. Takový zaměstnanec nebo osoba v obdobném

¹⁵ § 18 odst. 1 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů.

¹⁶ § 18 odst. 2 a 5 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů.

pracovněprávním vztahu k povinné osobě zůstává z důvodu ochrany takové osoby v OPO neuvedena.¹⁷

Z výše uvedeného je patrné, že OPO má relativně složitou stavbu, kdy bez znalosti problematiky ZLeg předpokládám, že podání OPO může v praxi činit problémy. Z tohoto důvodu mohu pouze doporučit, aby v rámci organizační struktury povinné osoby existovala pracovní pozice, kde by náplní bylo především plnění notifikační povinnosti. ZLeg ostatně výše uvedené předpokládá, když povinné osobě ukládá určit kontaktní osobu pro styk s FAÚ.¹⁸ Z praxe však vyplývá, že výše uvedené není důsledně dodržováno a to zejména u povinných osob, které nejsou úvěrovými nebo finančními institucemi, resp. nespádají do třetí a čtvrté kategorie povinných osob.

Vzhledem k tematickému zaměření tohoto příspěvku se v dalším textu budu věnovat pouze specifikům procesu podávání OPO, zejména elektronickým nástrojům pro plnění notifikační povinnosti, a od dalšího postupu v rámci postupu při zjištění podezřelého obchodu jsem nucena abstrahovat.¹⁹

3. SOFTWAREVÁ APLIKACE MONEYWEB / MONEYWEB LITE - ELEKTRONICKÝ NÁSTROJ PRO PODÁVÁNÍ OPO

Dle ZLeg lze OPO podat FAÚ buď písemně nebo ústně, k čemuž je zajištěna nepřetržitá služba k příjmu oznámení.²⁰ Pokud je notifikační povinnost plněna ústně (osobně), je nutné takové OPO zaznamenat do protokolu na místě určeném FAÚ po předchozí domluvě.²¹ Písemně lze OPO podat zasláním doporučeného dopisu na poštovní adresu FAÚ²² (nikoliv tedy obecně na Ministerstvo financí České republiky). Zákonně náležitosti OPO podaného v listinné papírové formě jsou vzhledem

¹⁷ § 18 odst. 3 a 6 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů.

¹⁸ § 22 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů.

¹⁹ K postupu povinných osob při zjištění podezřelého obchodu viz. MOŽDIÁKOVÁ, M., CHALUPECKÁ, K. Postup při podezřelém obchodu dle zákona o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti. In *Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2009, II. časť*. Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislavě, Právnická fakulta, 2009.

²⁰ § 19 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů.

²¹ Pro daný účel jsou k dispozici telefonní čísla +420 25704 4501 v pracovní době FAÚ a +420 603 587 663 po skončení pracovní doby FAÚ, tj. v době od 16.00 do 8.00 v pracovní dny a během dnů pracovního klidu a svátků.

²² Adresa pro doručování OPO doporučeným dopisem: Ministerstvo financí ČR, Finanční analytický útvar, Poštovní příhrádka 675 Jindřišská 14, Praha 1, PSČ: 111 21.

k absenci zákonného zmocnění k vydání prováděcí vyhlášky právně nezávazně konkretizovány pouhým metodickým pokynem FAÚ.²³ K tomuto si dovolím poznamenat, že dle mého názoru současná právní úprava podávání OPO působí značně nepřehledně. Řešením by bylo upravit podávání OPO vyhláškou, nejlépe povinností podávat OPO na standardizovaném formuláři. OPO lze dále oznámit elektronicky za užití prostředků zajišťujících přenášeným údajům zvláštní ochranu. Zvláštní ochrana je vyžadována vzhledem k důvěrnosti obchodních informací a povinnosti mlčenlivosti (jak smluvní tak zákonné).

Z výše uvedeného vyplývá, že podání OPO není možné učinit na podatelně FAÚ, prostřednictvím elektronické pošty, ani do datové schránky. Tato skutečnost se mi osobně jeví jako paradoxní vzhledem ke skutečnosti, že není důvodu rozlišovat mezi přípisem obsahujícím veškeré náležitosti OPO doručeným řádně a včas FAÚ jakýmkoliv způsobem, naopak považuji za žádoucí poskytnout povinným osobám co nejširší spektrum možností, jak podezřelý obchod oznámit.

Za prostředek zajišťujících přenášeným údajům zvláštní ochranu je považován systém MoneyWeb, který umožňuje elektronické podání OPO technickými prostředky, zajišťujícími zvláštní ochranu přenášených údajů. Tato softwarová aplikace byla vytvořena FAÚ pro pracovníky povinných osob za účelem usnadnění podání OPO původně ve verzi MoneyWeb, nyní je k dispozici její aktualizovaná verze MoneyWeb Lite klient. FAÚ k aplikaci MoneyWeb Lite klient zveřejnil způsobem umožňujícím dálkový přístup manuál - MoneyWeb Lite klient - Uživatelský manuál pro povinné subjekty.²⁴

Pro zprovoznění aplikace MoneyWeb Lite klient je nutné zajistit minimální systémové požadavky, nainstalovat certifikáty certifikační autority a tzv. distribuční balík (komprimovaný ZIP soubor). Pro vzdělávací a testovací účely je k dispozici i demoverze aplikace, která umožňuje plnohodnotnou práci se všemi funkcemi aplikace s výjimkou odeslání

²³ FAÚ: Metodický pokyn pro podání oznámení o podezřelém obchodu. [online]. [cit. 12.04.2011]. Dostupné z: <http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/rt_bppp_oznameni_podez_obchodu_44132.html>.

²⁴ FAÚ: MoneyWeb Lite klient - Uživatelský manuál pro povinné subjekty. [online]. [cit. 12.04.2011]. Dostupné z: <http://ca.moneyweb.cz/mwlite/MoneyWeb_Lite-user_manual.pdf>.

OPO.²⁵ Pro používání plné verze aplikace pro plnění oznamovací povinnosti je nutné vejít v jednání s FAÚ a tento krok podložit uzavřením dohody.²⁶

Hlavní obrazovka aplikace MoneyWeb Lite klient je strukturována tak, aby korespondovala se všemi běžnými aplikacemi v prostředí MS Windows a je rozdělena do sekcí hlavní nabídka, podnabídka, formulář OPO, jednotlivé stánky OPO a stavová lišta. Pro účely tohoto příspěvku je důležitý zejména formulář OPO, který se skládá z pěti samostatných částí:

1. identifikační údaje toho, koho se oznámení týká,
2. identifikační údaje osoby, která jedná jménem toho, koho se oznámení týká,
3. podrobnosti o podezřelém obchodu
4. další osoby, které jednají jménem toho, koho se oznámení týká,
5. připojené dokumenty (přílohy).

V rámci formuláře OPO lze zadávat různé příznaky, např. urgencye OPO, některé položky (červeně podbarvené) jsou povinné a OPO bez jejich vyplnění nelze odeslat. Formulář OPO lze kdykoliv průběžně uložit a k rozpracovanému hlášení se vrátit později. Připojit lze pouze 20 příloh, v případě překročení limitu je doporučováno využít kompresované podoby. Formulář OPO lze odeslat po elektronickém podepsání a enkrypci pouze v případě, že jsou všechny povinné položky. Finálním výstupem aplikace je odeslání OPO prostřednictvím internetu FAÚ.²⁷

Je na místě také konstatovat, že aplikaci MoneyWeb lze využívat i k jiným hlášením než k OPO a to k hlášení zneužívání systému správy daní (dále také jako "ZSSD"). Tato povinnost je ZLeg stanovena územním finančním orgánům.²⁸

Dle mého názoru je aplikace MoneyWeb zpracována kvalitně, zvlášť pozitivně hodnotím její formulářové zpracování, kdy je povinná osoba

²⁵ FAÚ: MoneyWeb Lite klient - Uživatelský manuál pro povinné subjekty.[online]. [cit. 12.04.2011]. Dostupné z: <http://ca.moneyweb.cz/mwlite/MoneyWeb_Lite-user_manual.pdf>.

²⁶ FAÚ: Oznámení podezřelého obchodu. [online]. [cit. 12.04.2011]. Dostupné z: <http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/rt_bppp_oznameni_podez_obchodu.html>.

²⁷ FAÚ: MoneyWeb Lite klient - Uživatelský manuál pro povinné subjekty.[online]. [cit. 12.04.2011]. Dostupné z: <http://ca.moneyweb.cz/mwlite/MoneyWeb_Lite-user_manual.pdf>.

²⁸ § 30 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění dalších předpisů.

automaticky nucena vyplnit všechny obligatorní položky a kdy jí je dána také možnost využít položek volitelných, což značně snižuje pravděpodobnost opomenutí sdělení informace důležité pro její následné vyhodnocení FAÚ. Kriticky se však stavím ke skutečnosti, že užívání aplikace je pouze fakultativní, dle mého názoru by její užívání mělo být pro některé povinné osoby, zvláště profesionály, povinné, což by usnadnilo manipulaci FAÚ s OPO a jejich následným zpracováváním.

4. ZÁVĚR

Lze shrnout, že aplikace MoneyWeb sloužící k podávání OPO povinnými osobami a k hlášení ZSSD územními finančními orgány byla FAÚ vytvořena, aby usnadnila doručování povinně sdělovaných informací FAÚ. Jedná se tedy o určitý typ informačního kanálu, přičemž zejména vzhledem k tomu, že zprovoznění aplikace není nijak náročné a vyžaduje pouze základní počítačovou gramotnost, lze možnost předávání OPO a ZSSD prostřednictvím MoneyWebu, zejména kvůli nepřehlednosti ostatních zákonem stanovených způsobů doručování, pouze doporučit.

Na MoneyWebu lze pozitivně hodnotit především jeho formulářové zpracování a systém povinně a dobrovolně vyplňovaných položek, díky nimž má povinná osoba relativně vysokou jistotu, že jí podané OPO obsahuje kompletní informace a že ji FAÚ nebude muset vyzývat k jejich doplnění. Aplikace funguje v prostředí MS Windows, což je uživatelsky příjemné. Za další pozitivum je možné označit skutečnost, že k aplikaci existuje již zmiňovaná demoverze, díky níž si lze MoneyWeb vyzkoušet bez toho, aby byla uzavřena jakákoliv dohoda s FAÚ. Kritickým bodem MoneyWebu je skutečnost, že po právní stránce je jeho využívání pouze umožněno, není však stanovena povinnost jeho využívání a to ani pouze pro některé typy povinných osob.

S ohledem na kritiku uvedenou v příspěvku lze konstatovat, že úvahy de lege ferenda by se měly ubírat následně. Prostředky k podání OPO by měly být revidovány tak, aby odpovídaly požadavkům současné doby. Do ZLeg by mělo být inkorporováno zmocnění FAÚ k vydání vyhlášky regulující podávání OPO povinnými osobami, zejména lze doporučit, aby tato obsahovala standardizovaný formulář stejný nebo alespoň obdobný formuláři OPO v aplikaci MoneyWeb Lite klient. Nynější právní stav podávání OPO lze hodnotit jako nepřehledný a nedostatečný. Za úvahu by jistě stálo i zavedení obligatorního používání aplikace MoneyWeb Lite klient pro určité skupiny povinných osob.

Literature:

- MOŽDIÁKOVÁ, M., SALINKOVÁ, A. The Measures Against Legalisation of Proceeds of Crime and of Financing Terrorism. In *Global Conference on Business and Finance Proceedings*. San Jose : The Institute for Business and Finance Research, 2010. Vol. 5, no. 2, p. 596-603. ISSN 1931-0285.
- MOŽDIÁKOVÁ, M., CHALUPECKÁ, K. Postup při podezřelém obchodu dle zákona o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti. In *Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2009, II. časť*. Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislavě, Právnická fakulta, 2009. od s. 908-917, 10 s. ISBN 978-80-7160-295-8.
- Zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů.
- Důvodová zpráva k návrhu zákona o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu.
- FAÚ: Metodický pokyn pro podání oznámení o podezřelém obchodu. [online]. [cit. 12.04.2011]. Dostupné z: < http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/rt_bppp_oznameni_podez_obchodu_44132.html>.
- FAÚ: MoneyWeb Lite klient - Uživatelský manuál pro povinné subjekty. [online]. [cit. 12.04.2011]. Dostupné z: <http://ca.moneyweb.cz/mwlite/MoneyWeb_Lite-user_manual.pdf>.
- FAÚ: Oznámení podezřelého obchodu. [online]. [cit. 12.04.2011]. Dostupné z: <http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/rt_bppp_oznameni_podez_obchodu.html>.

Contact – email

michaela.mozdiakova@law.muni.cz

PROBLÉMY FUNGOVÁNÍ DATOVÝCH SCHRÁNEK

TOMÁŠ PAVLÍČEK

Okresní soud ve Zlíně

Abstract in original language

Příspěvek s názvem „Problémy fungování datových schránek“ si klade za cíl poukázat na problémy spojené s fungováním datových schránek a nastínit některé možnosti jejich řešení v praxi. Rozebírány jsou problémy od ryze praktických, přes ekonomické až po problémy víceméně čistě právní, s nimiž se autor příspěvku setkal při používání datových schránek v rámci doručování písemností v rámci soudního řízení.

Key words in original language

eGovernment, datové schránky, doručování písemností, problémy fungování

Abstract

The object of the report titled "Problems with the operation of data boxes" is to refer to problems linked to the functioning of data boxes and to outline solutions which may help in practice. Various problems which were encountered by the author when using data boxes for the service of summons in civil proceedings involved practical issues, financial problems and pure legal questions which are now detailed herein.

Key words

eGovernment, data boxes, service of summons, operation problems

Úvod

Zákonem č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů (dále většinou jen „zákon o elektronických úkonech“) byl do právní úpravy České republiky, počínaje dnem 1. 7. 2009, včleněn jeden ze základních pilířů eGovernmentu, a to systém doručování elektronických dokumentů. Zákon o elektronických úkonech upravuje nejen elektronické úkony (zejména samotné zasílání elektronických zpráv), ale i problematiku dodávání dokumentů prostřednictvím datových schránek, otázky informačního systému datových schránek, autorizovanou konverzi dokumentů a dodávání dokumentů fyzických osob, podnikajících fyzických osob a právnických osob.

Ačkoliv cílem mého příspěvku není tlumočit obsah zákona o elektronických úkonech, je vhodné úvodem provést vymezení některých základních pojmů, tak aby i čtenář, který se v problematice datových schránek běžně nepohybuje, měl možnost do této problematiky proniknout. Elektronickými úkony zákon o elektronických úkonech rozumí elektronické úkony orgánů

veřejné moci (státní orgány, orgány územních samosprávných celků, Pozemkového fondu České republiky a jiných státních fondů, zdravotních pojišťoven, Českého rozhlasu, České televize, samosprávných komor zřízených zákonem, notářů a soudních exekutorů) vůči fyzickým a právnickým osobám, elektronické úkony fyzických osob a právnických osob vůči orgánům veřejné moci a elektronické úkony mezi orgány veřejné moci navzájem, a to prostřednictvím datových schránek. Základními znaky elektronického úkonu je tak provedení úkonu v elektronické podobě, tedy nikoliv v podobě listinné, prostřednictvím datové schránky, mezi vymezenými subjekty. Pod pojem elektronický úkon však nelze zahrnout úkony činěné elektronicky prostřednictvím datových schránek mezi fyzickými osobami, podnikajícími fyzickými osobami a právnickými osobami navzájem. Z těchto úkonů zákon upravuje toliko dodávání dokumentů prostřednictvím datových schránek a i toto ponechává mimo termín elektronický úkon [§ 1 odst. 1 písm. b) zákona o elektronických úkonech]. Datová schránka je elektronické úložiště, které je určeno k doručování orgány veřejné moci, provádění úkonů vůči orgánům veřejné moci a dodávání dokumentů fyzických osob, podnikajících fyzických osob a právnických osob. Pro zjednodušení lze datovou schránku přirovnat k sofistikovanější emailové schránce. Datovou zprávou § 19 zákona o elektronických úkonech rozumí dokumenty orgánů veřejné moci doručované prostřednictvím datové schránky, úkony prováděné vůči orgánům veřejné moci prostřednictvím datové schránky a dokumenty fyzických osob (včetně podnikajících) a právnických osob dodávané prostřednictvím datové schránky. Informační systém datových schránek je pak informační systém veřejné správy, který obsahuje informace o datových schránkách a jejich uživatelích. V informačním systému datových schránek je vedena celá řada informací jako např. identifikátory datových schránek, údaje o „majitelích“ datových schránek, údaje o přihlášení oprávněných osob apod. (blíže viz ustanovení § 14 zákona o elektronických úkonech). Konverzí dokumentů je pak úplné převedení dokumentu v listinné podobě do dokumentu obsaženého v datové zprávě nebo datovém souboru (skenování dokumentu), úplné převedení dokumentu obsaženého v datové zprávě do dokumentu v listinné podobě (vytisknutí dokumentu) a ověření shody obsahu těchto dokumentů a připojení ověřovací doložky.

Ačkoliv datové schránky fungují od listopadu 2009, tedy přibližně rok a půl, vyskytla se v souvislosti s jejich provozem celá řada problémů. O tom, že začátky fungování datových schránek nebyly vůbec jednoduché, svědčí čtyři novelizace, jimiž zákon o elektronických úkonech prošel již v roce 2009. Některé z problémů již byly odstraněny (např. pouze jediná datová schránka orgánu veřejné moci), některé na své odstranění teprve čekají (např. start datových stránek bez návaznosti na elektronické spisy) a jiné z pohledu tvůrců zákona nejspíše problém vůbec nepředstavují a jejich odstranění je v nedohlednu.

Datové schránky bez elektronického spisu

První problém, kterého je možno si v souvislosti s fungováním datových schránek povšimnout, je skutečnost, že činnost datových schránek byla zahájena, aniž by bylo jejich použití spojeno s elektronickým spisem. V současné době jsou vedeny elektronické spisy pouze v rámci insolvenčního řízení dle zákona č.182/2006 Sb., o úpadku a způsobu jeho řešení, ve znění pozdějších předpisů (insolvenční zákon). V rámci tohoto typu řízení je elektronický spis jediným spisem a spis listinný již není vyhotovován (počínaje lednem 2012 je plánováno spuštění elektronického spisu v rámci civilního soudního, řízení pokud jde o návrhy na vydání elektronických platebních rozkazů). Za takové situace se pak výhody datových schránek projeví naplno. Na druhou stranu ostatní typy řízení (správní i soudní) stojí na spisech listinných. Ačkoliv jsou i v těchto případech většinou všechny úkony prováděné orgánem, jenž vede řízení, vyhotovovány a uchovávány v elektronické podobě v elektronických systémech (např. ISAS, GINIS apod.), nejsou tím eliminovány negativní dopady odtržení datových schránek od elektronického spisu, spočívající ve zvýšených nákladech na tisk a převod dokumentů do elektronické podoby (záměrně nepoužívám výraz konverze dokumentů). Jedná se zejména o náklady spojené s tiskem elektronických dokumentů, neboť je-li spis veden v listinné podobě, musí být všechny dokumenty, které do příslušného spisu patří, vytištěny a do spisu založeny v listinné podobě. Učiní-li tak právnická osoba podání prostřednictvím datové schránky, přenese náklady, které by měla s vyhotovením podání na orgán, jenž vede řízení. K samotným nákladům na tisk (toner, papír a opotřebení tiskárny) je nutno připočíst mzdové náklady na obsluhu tisku. Také vznikají mzdové náklady v případě převádění listinných dokumentů do podoby elektronické, která je prováděna pouze za účelem zaslání této písemnosti jinému subjektu (u dokumentů, které byly příslušnému orgánu zaslány v listinné podobě). Subjekt na druhé straně (správní orgán, soud, právnická osoba apod.) následně ve valné většině případů opět provádí vytištění či konverzi těchto dokumentů zpět do listinné podoby. Je pravdou, že doručování prostřednictvím datových schránek je mnohem levnější, než doručování listinných zásilek (náklady na doručení soudní zásilky zaslané poštou s potvrzením o doručení představují částku 34, resp. 36,- Kč za jednu zásilku v závislosti na typu zásilky, oproti částce 17,- Kč za jednu zásilku doručenou prostřednictvím datové schránky) avšak vzniklá úspora je zcela konzumována zvýšenými náklady popsány výše. Pozitivem je, že v případě přechodu na spis vedený pouze v elektronické podobě, uvedená negativa z větší části pominou (zůstane jen převod listin či konverze listin do elektronického dokumentu).

Datové schránky některých subjektů

Tato oblast v sobě zahrnuje hned několik dílčích problémů. Úvodní, týkající se datové schránky orgánu veřejné moci (§ 6 zákona o elektronických úkonech), byl zákonem č. 227/2009 Sb., kterým se mění některé zákony

v souvislosti s přijetím zákona o základních registrech, který nabyl účinnosti dne 24. 7. 2010, odstraněn. Avšak zpoždění v tomto směru způsobilo nejednomu orgánu veřejné moci v praxi nemalé potíže. Původní úprava v zákonu o elektronických úkonech stanovovala pro každý orgán veřejné moci pouze jednu datovou schránku. Zejména pro katastrální úřady s jejich katastrálními pracovišti a úřady práce s jejich detašovanými pracovišti tato situace přinesla zásadní problémy s distribucí pošty, tedy s rozdělováním zásilek pro jednotlivá pracoviště nacházející se v různých městech. V praxi se pak vyskytl i problém s obecními úřady s rozšířenou působností. V rámci obecního úřadu obce s rozšířenou působností fungují Orgány sociálně-právní ochrany dětí tzv. OSPOD (zákon č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí, ve znění pozdějších předpisů). Z pohledu zákona o elektronických úkonech je obec i obecní úřad (bez ohledu na jeho typ) jedním orgánem veřejné moci a měl tak dle „staré“ úpravy pouze jednu datovou schránku. Když pak v rámci předběžného opatření bylo ze strany soudu doručováno orgánu sociálně-právní ochrany dítěte do datové schránky obce, neboť obecní úřad, který plní funkci tohoto orgánu datovou schránkou nedisponoval, bylo uvedené doručení odvolacím soudem shledáno v rozporu se zákonem č. 99/1963 Sb., občanským soudním řádem, ve znění pozdějších předpisů (dále většinou jen „o.s.ř.“ nebo „občanský soudní řád“) a předběžné opatření bylo z tohoto důvodu zrušeno. Jak už jsem však zmínil, uvedené problémy byly již odstraněny, neboť dle současné právní úpravy (§ 6 odst. 2 zákona o elektronických úkonech) Ministerstvo vnitra ČR (dále většinou jen „ministerstvo“) zřídí orgánu veřejné moci na jeho žádost další datovou schránku či datové schránky, a to do tří dnů ode dne podání žádosti.

Samostatnou a dosti širokou kapitolu v rámci problematiky datových schránek některých subjektů pak představují datové schránky advokátů. Ustanovením § 31 odst. 3 zákona o elektronických úkonech byl zakotven odklad povinného zřízení datové schránky pro advokáty a daňové poradce a to do 31. 12. 2012. Do tohoto data ministerstvo advokátu či daňovému poradci zřídí datovou schránku pouze na jeho žádost. Takto stanovené úprava postrádá jakoukoliv logiku a je pouze důkazem síly advokátní lobby. Pokud by advokáti měly zřízeny datové schránky povinně, stejně jako exekutoři či notáři, odstranilo by to mnoho problémů při doručování písemností a také přispělo ke snížení nákladů veřejné moci na doručování písemností. Někteří advokáti mají zřízenou datovou schránku, ale nikoliv jako advokáti, nýbrž jako fyzické osoby. Vzhledem k tomu, že identifikační znaky fyzické osoby a osoby advokáta s ohledem na stejné jméno, příjmení, datum narození a v některých případech i shodné sídlo advokáta s místem jeho bydliště, jsou prakticky totožné, je problematické i rozlišení těchto subjektů a zejména v počátcích fungování datových schránek tak často docházelo k doručování písemností určených advokátu do datové schránky fyzické osoby. Přitom je zřejmé, že kdyby při hledání datové schránky byly informačním systémem datových schránek nalezeny dvě datové schránky pro tutéž osobu, lustrující osobu by tato skutečnost upozornila, že zadaná

kritéria pro identifikaci nejsou dostatečná a pokračovala by tak v zjišťování, která z datových schránek je ta správná. K tomuto se pak v rámci činnosti soudů připojili problémy s informačním systémem, který zprostředkovává přesun informací z datové schránky soudu do informačního systému okresních soudů (ISAS) a když byla takto mylně zjištěná datová schránka přiřazena osobě advokáta, ostatní běžní uživatelé informačního systému soudu tuto skutečnost již prakticky nemohli zjistit a automaticky opakovali doručení do „špatné“ datové schránky resp. doručovali do datové schránky, ačkoliv měla být písemnost doručována poštou. Obdobné komplikace pak způsobily datové schránky advokátních kanceláří právnických osob, kdy advokátní kancelář v rámci níž advokát působí, jež je právnickou osobou, má datovou schránku povinně zřízenou, samotný advokát, jemuž má být doručováno tuto povinnost nemá a zejména v počátcích docházelo k doručování písemností do datových schránek advokátních kanceláří na místo samotným advokátům. Každému čtenáři je pak jistě zřejmé, že takové doručení nemá příslušné účinky, které s doručením spojuje procesní předpis, a to nejen občanský soudní řád.

Z tohoto pohledu je pak více než racionálním požadavkem zrušení příslušné zákonné výjimky pro advokáty a daňové poradce, což v konečném důsledku zlevní doručování nejen v rámci soudního řízení. Důvodem je skutečnost, že část advokátů (přibližně polovina) již v současné době svá podání zasílá elektronicky se zaručeným elektronickým podpisem, a tato skupina by pak svá podání činila prostřednictvím datové schránky. Zbylá část advokátů pak zasílá svá podání písemně (nemají důvěru k elektronickým prostředkům nebo tyto plně neovládají), přičemž tato skupina by tak činila i za situace, kdyby měli zřízenou datovou schránku, kterou by používali toliko k doručování písemností ze strany orgánu veřejné správy. V konečném důsledku by tak nedošlo ke zvýšení nákladů na tisk podání (procento elektronických podání by zůstal přibližně stejný) a došlo by pouze k mírnému nárůstu nákladů na převod písemných dokumentů do dokumentů elektronických, což by však bylo vyváжено (resp. převáženo) úsporou za doručení.

Platnost elektronického podpisu datové zprávy

Každá datová zpráva zaslaná prostřednictvím datové schránky musí být opatřena elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu vydaném akreditovaným poskytovatelem certifikačních služeb (uznávaný elektronický podpis) nebo elektronickou značkou založenou na kvalifikovaném systémovém certifikátu vydaném akreditovaným poskytovatelem certifikačních služeb (uznávaná elektronická značka) dle zákona č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o elektronickém podpisu“). Důvodem je skutečnost, že datová zpráva není opatřena klasickým podpisem či razítkem orgánu veřejné moci a uznávaný

elektronický podpis či uznávaná elektronická značka umožňuje jednoznačně identifikovat odesílatele datové zprávy.

Doba platnosti kvalifikovaného certifikátu, jakož i kvalifikovaného systémového certifikátu je omezena na dobu jednoho roku. V praxi však často docházelo k případům, že datová zpráva byla zaslána s uznávaným elektronickým podpisem či uznávanou elektronickou značkou jejichž kvalifikovaný certifikát byl v době odeslání datové zprávy, jakož i v době jejího dodání do datové schránky adresáta, platný, avšak v době provádění konverze dokumentu (datové zprávy) do listinné podoby, při které subjekt provádějící konverzi (nejčastěji Česká pošta s.p.) ověřuje kvalifikovaný certifikát (systémový certifikát) a následně platnost uznávaného elektronického podpisu nebo platnost uznávané elektronické značky, již certifikát platný nebyl a subjekt provádějící konverzi tuto konverzi s ohledem na nedostatek platnosti certifikátu neprovedl. Ve snaze vyřešit tento problém je od začátku roku 2011 k datovým zprávám připojováno tzv. kvalifikované časové razítko vstupu (§ 12b zákona o elektronickém podpisu) jehož platnost je tři roky a které prokazuje, že v době „podpisu“ dokumentu byl kvalifikovaný certifikát (systémový certifikát) platný. Prakticky však datová zpráva po připojení uznávaného elektronického podpisu či uznávané elektronické značky a časového razítka vykazovala z pohledu systému provádějícího konverzi dokumentu de facto dva elektronické podpisy. Do nedávna tak nebylo možné provést konverzi dokumentu opatřeného „dvěma elektronickými podpisy“. Podle posledních informací však byl i tento problém odstraněn a konverzi dokumentů opatřených „dvěma zaručenými elektronickými podpisy“ lze v současné době běžně provádět. Otázkou zůstává, zda-li bude možné provést konverzi dokumentu do listinné podoby po uplynutí platnosti kvalifikovaného časového razítka. Osobně se neodvážuji odpověď odhadnout, avšak pravdu zcela jistě zjistíme na začátku roku 2014, kdy pozbudou platnosti první kvalifikovaná časová razítka vstupu.

Právní otázky související s doručením do DS

V souvislosti s doručováním dokumentů do datových schránek se vyskytlo hned několik právních otázek, jež přinášejí výkladové obtíže. Doručování dokumentů do datové schránky upravuje ustanovení § 17 zákona o elektronických úkonech. Dle odst. 1. uvedeného ustanovení umožňuje-li to povaha dokumentu, orgán veřejné moci doručuje jinému orgánu veřejné moci prostřednictvím datové schránky, pokud se nedoručuje na místě. Umožňuje-li to povaha dokumentu a má-li fyzická osoba, podnikající fyzická osoba nebo právnická osoba zpřístupněnu svou datovou schránku, orgán veřejné moci doručuje dokument této osobě prostřednictvím datové schránky, pokud se nedoručuje veřejnou vyhláškou nebo na místě. Poslední věta odst. 1 pak stanoví, že doručuje-li se způsobem podle tohoto zákona, ustanovení jiných právních předpisů upravující způsob doručení se nepoužijí. Připouští-li jiné právní předpisy doručování prostřednictvím

datových schránek, pořadí způsobů doručování stanovené těmito právními předpisy zůstává ustanovením odst. 1 nedotčeno (ust. § 17 odst. 2 zákona o elektronických úkonech). Pokud tedy není doručována např. cihla, dokument vytesaný do kamene či utajovaná skutečnost, povaha dokumentu umožňuje doručování prostřednictvím datové schránky, a není-li doručováno na místě či veřejnou vyhláškou, je nutno doručovat prostřednictvím datové schránky (má-li osoba, jíž má být doručováno, datovou schránku zřízenou), pokud jiný právní předpis nestanoví jiné pořadí způsobů doručování.

První otázkou je, co zákonodárce zamýšlel pojmem „doručení na místě“. Občanský soudní řád staví na první místo (před datovou zprávou) doručení u jednání nebo jiného soudního úkonu (úkony soudu nařízené a provedené podle § 115 nebo § 214 anebo § 243; jiným úkonem je pak např. výslech u dožádaného soudu, ohledání na místě samém, přípravné jednání, nahlížení do spisu, poskytnutí informace o stavu řízení apod.). Správní řád pak v tomto smyslu žádnou výjimku nezná. Zatímco díkce občanského soudního řádu nepřináší výkladové potíže, u doručení na místě není zřejmé, zda-li pouze jinými slovy vyjadřuje totéž, co obsahuje o.s.ř. (jednání orgánu veřejné moci nebo jiný úkon tohoto orgánu) či je tento pojem širší a zahrnuje např. situace, kdy si osoba, jíž je písemnost určena, tuto sama u orgánu veřejné moci vyzvedne apod. Z důvodové zprávy k ustanovení § 17 odst. 1 lze zjistit, že „úmyslem zákonodárce“ byla výjimka pro doručení při „úkonu (tj. při osobním jednání dojde i k předání dokumentu)“. Osobně však mám za to, že spojení „doručení na místě“ má širší obsahový význam a při „extrémním“ výkladu může znamenat jakékoliv doručení, které je spojeno s nějakým místem, což je prakticky každé doručení (vyjma doručení elektronickými způsoby, neboť tyto způsoby doručení nejsou spojeny „s existujícím místem“). Připouštím, že takový výklad jde však proti smyslu úpravy obsažené v zákoně o elektronických úkonech, na druhou stranu by se ale nejednalo o první takový případ v právním řádu ČR. V tomto smyslu by tak stávající právní úpravě vůbec neuškodila jistá precizace, spočívající v nahrazení spojení „doručení na místě“ přesnější formulací „při jednání či jiném úkonu orgánu veřejné moci“ apod.

Další otázka postihuje situaci, kdy orgán veřejné moci doručuje písemnost určenou osobě či orgánu veřejné moci prostřednictvím provozovatele poštovních služeb ačkoliv jsou splněny zákonné podmínky pro doručení datovou zprávou do datové schránky (např. zaslání omylem v důsledku chybně provedené lustrace vlastníků datových schránek apod.). Zjednodušeně jde o to, zda-li je doručením písemnosti zhojeno porušení § 17 zákona o elektronických úkonech a ustanovení § 45 o.s.ř. Bohužel jednoznačnou odpověď na tuto otázku nelze nalézt ani v zákoně o elektronických úkonech, ani v občanském soudním řádu a tak nezbyvá než se zamyslet nad smyslem úpravy doručování. Smyslem doručení dle o.s.ř. je zajištění ochrany práv účastníka (stejně tak i dle správního řádu) tak, aby měl možnost se s písemností seznámit a k této se vyjádřit. Smyslem úpravy

zákona o elektronických úkonech je pak zajištění doručení písemnosti. Ani jednomu z uvedených účelů neodporuje výklad, že v případě faktického doručení písemnosti (tedy nikoliv fikcí) osobě či orgánu veřejné moci v rozporu z výše uvedenými ustanoveními zákonů, je faktickým převzetím písemnosti porušení těchto zákonných ustanovení zhojeno. Opačný výklad by na víc nabýval lehce absurdního rozměru, když by adresát fakticky disponoval písemností, kterou osobně převzal, ale tato by mu z pohledu zákona nebyla doručena. Na druhou stranu pokud by však písemnost měla být namísto do datové schránky doručena např. prostřednictvím provozovatele poštovních služeb a to fikcí doručení (náhradním doručením), nedochází dle mého názoru ke zhojení porušení § 17 zákona o elektronických úkonech a § 45 o.s.ř., tak jako v případě fyzického převzetí zásilky, neboť dochází k porušení legitimního očekávání „vlastníka“ datové schránky, spočívající v tom, že mu do datové schránky bude ze strany orgánu veřejné moci doručováno.

Od výše uvedeného je pak nutno odlišit situace, kdy je při doručení písemnosti vyloučeno její náhradní doručení (fikce doručení) a adresátu se nepodaří písemnost do datové schránky doručit, protože se do ní nepřihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k dodanému dokumentu (dále jen „oprávněná osoba“), jak vyplývá z ustanovení § 17 odst. 3 zákona o elektronických úkonech. V tomto případě se jak z pohledu zákona o elektronických úkonech, tak z pohledu o.s.ř. i správního řádu jedná o předpokládanou situaci, kdy povaha dokumentu neumožňuje jeho doručení do datové schránky (dokument nelze doručit fikcí a oprávněná osoba se do datové schránky nepřihlašuje), a proto lze přistoupit k doručení písemnosti prostřednictvím provozovatelem poštovních služeb či prostřednictvím doručovatele apod. Otázkou však je, po uplynutí jaké doby, po kterou písemnost „leží“ v datové schránce bez vyzvednutí, lze přistoupit k jinému způsobu doručení písemnosti. Osobně mám za to, že by nemělo být přistoupeno k doručení písemnosti jiným způsobem dříve, než uplyne 10 dnů ode dne dodání dokumentu do datové schránky, s ohledem na legitimní očekávání „vlastníka“ datové schránky ve vztahu k obecným úložním dobám dokumentů v datové schránce.

Další právní problém související s datovými schránkami představují dokumenty, které mohou být prostřednictvím datové schránky doručovány. Problematiku formátů datových zpráv upravuje vyhláška č. 194/2009 Sb., o stanovení podrobností užívání a provozování informačního systému datových schránek, ve znění pozdějších předpisů, a to konkrétně příloha č. 3 této vyhlášky s názvem: „Přípustné formáty datové zprávy dodávané do datové schránky“. Ve vyhlášce je upraveno celkem 26 přípustných formátů datové zprávy, z nichž 23 je textových či grafických, dva jsou zvukové a jeden zvukově obrazový (Waveform Audio format – wav, MPEG-1 Audio Layer 2/ Layer 3 – mp2 / mp3, Moving picture Experts Group Phase 1/ Phase 2 – mpeg1/mpeg2). Z výše uvedeného žádný právní problém nevyplývá, avšak pouze do doby, než nahlédneme do ustanovení § 18

zákona o elektronických úkonech. Zatímco neškodné ustanovení odst. 1 umožňuje fyzickým osobám, podnikajícím fyzickým osobám a právnickým osobám provádět úkony vůči orgánu veřejné moci, má-li zpřístupněnu svou datovou schránku a umožňuje-li to povaha tohoto úkonu, prostřednictvím datové schránky, ustanovení odst. 2 nenápadně doplňuje, že úkon učiněný oprávněnou osobou nebo pověřenou osobou (pokud tomu odpovídá rozsah jejich oprávnění), prostřednictvím datové schránky má stejné účinky jako úkon učiněný písemně a podepsaný. Jedinou výjimku z posledně uvedeného pak představuje situace, kdy jiný právní předpis nebo vnitřní předpis požaduje společný úkon více z uvedených osob.

Z uvedeného pak jasně vyplývá, že pošle-li osoba (fyzická, podnikající fyzická či právnická) prostřednictvím datové schránky návrh na zahájení řízení či jiné podání pouze v některém ze zvukových či v obrazově zvukovém formátu jedná se z pohledu ustanovení § 18 odst. 2 zákona o elektronických úkonech o písemný úkon podepsaný příslušnou osobou. Uvedené skutečnost je v rozporu s úpravou obsaženou v ustanovení § 42 o.s.ř. (resp. s výkladem uvedeného ustanovení), dle kterého by takové podání bylo podáním, jež je nutno následně (ve lhůtě 3 dnů) písemně doplnit. Zákon o elektronických úkonech je ve vztahu k občanskému soudnímu řádu zákonem speciálním a proto má v tomto směru přednost. Je tak nutno učinit závěr, že zatímco nahrávka ve formátu wav doručená na nosiči CD či jako příloha elektronické zprávy opatřené zaručeným elektronickým podpisem není písemným podáním a jedná-li se o podání ve věci samé, je nutno toto ve lhůtě 3 dnů písemně doplnit (jinak k němu soud nepřihlíží), to samé podání učiněné prostřednictvím datové zprávy je podáním písemným a podepsaným, tedy bez nutnosti toto písemně doplňovat. Je pak otázkou, co si s takovou nahrávkou počít. Pravděpodobně bude nutné takovou nahrávku nechat přepsat (na náklady orgánu veřejné moci, v tomto případě soudu) a opatřit doložkou, že se jedná o přepis datové zprávy, aby mohla sloužit jako „základ“ spisu (písemného) a v tištěné podobě tuto doručit ostatním účastníkům řízení, jež nedisponují datovou schránkou. S ohledem na uvedené by bylo vhodné novelizovat ustanovení § 18 odst. 2 zákona o elektronických úkonech tak, aby písemná podepsaná forma byla přiřknuta pouze formátům, které umožňují zachycení textu a nikoliv pouze zvukového či obrazově zvukového záznamu.

Ekonomická úskalí projektu DS

Ekonomickým úskalím datových schránek představuje omezená doba uložení datové zprávy v datové schránce. Tuto problematiku upravuje ustanovení § 6 vyhlášky 194/2009 Sb., o stanovení podrobností užívání a provozování informačního systému datových schránek, dle něhož doba uložení datové zprávy v datové schránce činí 90 dnů ode dne, kdy se do této datové schránky přihlásila osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění k dokumentu obsaženému v datové zprávě přístup. V případě dodávání dokumentů fyzických osob, podnikajících fyzických osob a

právníckých osob navzájem činí doba uložení datové zprávy v datové schránce 90 dnů ode dne dodání zprávy. Je-li do datové schránky přístupováno prostřednictvím elektronického systému spisové služby nebo jiné elektronické aplikace s užitím systémového certifikátu, doba uložení datové zprávy v datové schránce činí 90 dnů ode dne, kdy bylo do této datové schránky přistoupeno prostřednictvím elektronického systému spisové služby nebo jiné elektronické aplikace s užitím systémového certifikátu (§ 6 odst. 2 vyhlášky).

Stručně řečeno uplynutím 90 dnů ode dne přihlášení do datové schránky (případně dodání datové zprávy do datové schránky) je datová zpráva z datové schránky smazána. Fakt, že většinu datových zpráv uživatel datové schránky potřebuje i po uplynutí uvedené lhůty např. z důvodu účetních (faktury apod.) či právních (např. se jedná o exekuční titul) snad není třeba ani zmiňovat. Možností uživatele datové schránky jak nepřijít o doručené datové zprávy je použití datového trezoru nebo provedení autorizované konverze dokumentu. Datový trezor je doplňková služba České pošty, jehož výhodou je automatické přesouvání datových zpráv starších 90 dnů z datové schránky do zvláštního uložení, kde je možno s datovými zprávami dále pracovat (např. v nich vyhledávat, třídit apod.). Nevýhodou tohoto systému je fakt, že jej nabízí pouze Česká pošta s.p. a dále cena datového trezoru, která činí 1.200,- Kč bez DPH za rok při kapacitě 100 datových zpráv, 5.400,- Kč bez DPH za rok při kapacitě 500 datových zpráv či 48.000,- Kč bez DPH za rok při kapacitě 5000 datových zpráv. Autorizovaná konverze dokumentů pak představuje nástroj pro kvalifikované převedení dokumentu z elektronické podoby do listinné podoby a naopak. Autorizovanou konverzi dokumentů provádí komerčně opět pouze Česká pošta s.p. Pokud uživatel provádí konverzi ve větším rozsahu je možno tuto provádět i bez přítomnosti uživatele datové schránky na pobočce České pošty za více než přátelskou cenu 30,- Kč za každou započatou stránku konvertované listiny.

Existuje ještě třetí cesta, o níž se však v oficiálních dokumentech věnovaných datovým schránkám (o oficiálních internetových stránkách www.datoveschranky.info ani nemluvě) příliš nedomluví, je možnost uložení datových zpráv do vlastního počítače a to bezplatně. Oficiální internetové stránky v tomto směru dokonce do jisté míry klamou uživatele, když u služby datový trezor uvádí: “ Pouze v Datovém trezoru můžete zprávy doručené do Vaší datové schránky archivovat, filtrovat a dále s nimi v trezoru pracovat bez obav, že budou z důvodu uplynutí lhůty 90 dnů smazány.”¹ I u datových zpráv uložených na vlastním počítači je možno následně provést konverzi dokumentů, samozřejmě za příslušný poplatek.

Výše uvedené však představuje problém pro fyzické osoby, podnikající fyzické osoby a právnické osoby, neboť orgány veřejné moci většinou

¹ <http://www.datoveschranky.info/aditivni-sluzby/>

užívají elektronického systému spisové služby nebo jiné elektronické aplikace v rámci níž datové zprávy uchovávají a díky vzdálenému přístupu k Czechpointu mohou sami provést autorizovanou konverzi dokumentu zdarma bez omezení počtu konverzí. Uvedené ekonomické úskalí brání většímu rozšíření datových schránek mezi fyzickými a právníckými osobami. S ohledem na uvedené by nebylo od věci zavedení možnosti provedení jedné autorizované konverze datové zprávy do listinné podoby zdarma (v ceně datové zprávy) a to u dokumentů, jejichž listinná podoba opatřená ověřovací doložkou o ověření shody elektronického a listinného dokumentu, je nezbytná (např. rozhodnutí soudu či správního orgánu apod.).

Problémy informačních systémů justice

V souvislosti s fungováním datových schránek se v praxi vyskytly i další problémy, které však nelze připisovat samotným datovým schránkám ani jejich informačnímu systému. Příkladem těchto problémů mohou být problémy, které se vyskytly v rámci justice a jež je nutno připisat nedokonalosti informačního systému justice, který zajišťuje propojení informačního systému datových schránek s informačními systémy soudů (např. ISAS apod.) – dále většinou jen „informační systém justice“.

V první řadě je nutno zmínit počítání lhůt dle ustanovení § 57 o.s.ř. Dle odst. 2 věta druhá uvedeného ustanovení případně-li konec lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. V kontextu s ustanovením § 17 odst. 4 zákona o elektronických úkonech, dle něhož nepřihlásí-li se do datové schránky osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup do datové schránky, ve lhůtě 10 dnů ode dne, kdy byl dokument dodán do datové schránky, považuje se tento dokument za doručený posledním dnem této lhůty, je s ohledem na absenci zvláštního ustanovení o počítání lhůt v zákoně o elektronických úkonech logickým a také správným výklad, že případně-li poslední den deseti denní lhůty vymezené v § 17 odst. 4 zákona o elektronických úkonech na sobotu neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Je s podivem, že informační systém justice ani po více než roce a půl fungování datových schránek tuto skutečnost neakceptoval, ustanovení § 57 odst. 2 věta druhá o.s.ř. nerespektuje a doručení „fikcí“ vykazuje i na soboty, neděle či svátky. Větším problémem však je, že tento problém se do širšího povědomí v justici dostal až na začátku roku 2011 (tedy po více než 14 měsících fungování datových schránek).

Dalším problémem pak byla absence přenosu údaje o rozsahu oprávnění osoby, která se přihlásila do datové schránky. Z výstupu informačního systému justice tak nebylo dříve znatelné, zda se do datové schránky přihlásila osoba oprávněná ve smyslu § 8 odst. 1 až 4 zákona o elektronických úkonech či osoba pověřená ve smyslu ustanovení § 8 odst. 6 zákona o elektronických úkonech. Stejně tak nebylo možno z informačního

systému ani zjistit rozsah oprávnění osoby, která se do datové schránky přihlásila (v případě osoby pověřené). Tento problém byl do listopadu 2010 způsoben absencí těchto údajů v informačním systému datových schránek, a proto se tento údaj nemohl ani přenášet do informačního systému justice. Po odstranění tohoto problému z informačního systému datových schránek pak trvalo jeho odstranění z informačního systému justice dalších 5 měsíců (do března 2011). V kombinaci s absencí údajů o způsobu zaslání datové zprávy (zda byla datová zpráva zaslána do vlastních rukou či nikoliv), které nebylo možno z informačního systému justice vyčíst do konce roku 2010 a informacemi Ministerstva spravedlnosti ČR o vyznačování způsobu doručení datové zprávy v informačním systému justice při jejich odesílání (tedy že není nutno vyznačovat doručení do vlastních rukou adresáta) nelze ani odhadnout, kolik dokumentů zasílaných ze strany soudů nebylo vlastně vůbec platně doručeno. V praxi tak dokumenty, u nichž je vyloučena možnost náhradního doručení (např. platební rozkaz, či usnesení dle ustanovení § 114b o.s.ř.), a u kterých nebylo vyznačeno doručení do vlastních rukou adresáta, mohly být „doručeny“ i přihlášením osoby pověřené, jejichž rozsah oprávnění je neopravňoval k přístupu k dodanému dokumentu. Naštěstí se tento problém vyskytl pouze u dokumentů, u kterých bylo vyloučeno náhradní doručení. U ostatních dokumentů došlo ke zhojení případného vadného doručení dokumentu nejpozději uplynutím lhůty 10 dnů dle ustanovení § 17 odst. 4 zákona o elektronických úkonech. Pozitivem je také fakt, že většina osob, které disponují datovou schránkou, nepoužívají institutu pověřené osoby a pro vstup do datové schránky užívají pouze oprávněných osob (resp. jejich oprávnění).

Posledním problémem spojeným s datovými schránkami a informačním systémem justice souvisí s podáními fyzických osob, podnikajících fyzických osob a právnických osob vůči soudům ve smyslu ustanovení § 18 zákona o elektronických úkonech. Pokud osoba zaslala své podání soudu prostřednictvím datové zprávy, elektronický systém justice do března 2011 vykazoval ověření či neověření elektronického podpisu. Tento údaj bylo možno vyčíst z identifikátoru elektronického podání doručného na elektronickou podatelnu, kde byl vyznačen tučně, přičemž velikost písma byla dvojnásobná oproti ostatnímu textu. Teprve koncem roku 2010 se do širšího povědomí v justici dostala informace, že tento údaj ověřuje elektronický podpis Ministerstva spravedlnosti ČR a nikoliv odesílatele. V praxi se tak pravděpodobně vyskytuje nejedno podání, jež vůči soudu učinila prostřednictvím datové zprávy osoba, jejíž rozsah zákonných oprávnění neodpovídal učiněnému úkonu (např. účetní zaslal žalobu na dlužníka), avšak soud takové podání s ohledem na ověření elektronického podpisu Ministerstva vnitra ČR akceptoval, ačkoliv nebyly splněny zákonné podmínky. Počínaje březnem 2011 došlo ke změně podoby identifikátoru elektronického podání doručného na elektronickou podatelnu, avšak ověření údaje o skutečném odesílateli (zda-li to byla osoba oprávněná, pověřená či úplně jiná) z něj znatelná stále není. Při zvýšeném úsilí je tento údaj však zjistitelný z informačního systému justice.

Co dodat závěrem?

Závěrem mého příspěvku mi pak nezbývá než konstatovat, že datové schránky jsou velice zajímavým projektem s úžasným potenciálem. Jejich problémem však je špatné načasování jejich spuštění bez návaznosti na ostatní souvislosti, zejména elektronické spisy a absence dostatečného testování, neboť testování a doladování systému v rámci „ostrého provozu“ není nejen z pohledu justice vhodné a způsobuje tak nemalé množství problémů. Pokud se však problémy spojené s fungováním datových schránek, z nichž některé jsem popsal výše, podaří odstranit, budou datové schránky z mého pohledu velkým přínosem nejen pro justici, ale i pro celou veřejnou správu.

Literature:

- <http://www.datoveschranky.info>

Contact – email

tpavlicek@osoud.zln.justice.cz

HAZARDNÍ HRY ONLINE

ALENA SALINKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra finančního práva a
národního hospodářství, Česká republika

Abstract in original language

Článek je věnován problematice online sázení, subjektů, kterým byl tento druh hry povolen, podmínkám pro provozování a zlegalizování této hry v České republice. Online sázky jsou poměrně novým druhem hry, i když v podmínkách českého právního prostředí se již vyskytovaly dříve, než byly Ministerstvem financí povoleny. Online sázení má mnoho odpůrců i zastánců, tudíž bude pozornost věnována i názorům na samotnou hru. Nebude opomenut ani pohled na existenci hry v zahraničí.

Key words in original language

online sázky, hazardní hry

Abstract

The article is devoted to the issue of online gambling, subjects permitted to online gambling, the conditions for the operation and legalization of the game in the Czech Republic. Online betting is a relatively new kind of game, even though the conditions of the Czech legal environment has already occurred before they were permitted by the Ministry of Finance. Online gambling has many opponents and proponents, therefore, attention will be paid to both views on the game itself. Also will not be ignored the legal regulation of the game abroad.

Key words

online betting, game of hazard

*** Online sázení a právní úprava**

Provozování sázkových her, které lze označit za specifický druh podnikání, je upraven zákonem č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, v platném znění (dále jen "loterní zákon"). Loterní zákon od devadesátých let prošel několika novelizacemi, nicméně tyto nikdy dostatečně nereflektovaly vývoj loterního trhu. Technická vymoženost, jakou je internet zůstala zákonodárci úplně opomenuta, čemuž se s ohledem na dobu vzniku zákona nelze divit. Tato vymoženost je však dnes neslučitelně spojena s činností a zábavou lidí, tudíž lze právní regulaci hazardních her online označit za přinejmenším žádoucí.

Přibližně od roku 2003 se začínají v českém online prostředí objevovat různé sázkové hry, které byly a jsou provozovány zahraničními subjekty. Vystávaly tím logicky otázky, jestli je možné tuto oblast herního průmyslu regulovat a jak. S ohledem na skutečnost, že žádný právní předpis, a to později ani evropské úrovni tuto oblast neupravoval, nastalo období dohadů, soudních řízení a protichůdných názorů. K žádnému řešení nebo jednotnému pohledu se nedospělo, a to s ohledem na nemožnost, nebo také neschopnost odpovědět na některé otázky, a také (v prostředí evropském) s ohledem na různorodost právních úprav.

* Průlom v pohledu Ministerstva financí ČR na problematiku online sázení

Úvodem nutno konstatovat, že loterní zákon uzavírání sázek prostřednictvím internetu neupravuje, tudíž je také výslovně nezakazuje.

Ministerstvo financí ČR ve správním řízení povolilo pěti subjektům provozování hry "Internetová kursová sázka". Povolení bylo uděleno subjektům na 10 let. Toto rozhodnutí bylo zveřejněno 17. prosince 2008. Od té doby žádný jiný subjekt povolení nedostal. S ohledem na nejistou budoucnost společnosti Sazka lze předpokládat, že provozovatelé budou nadále pouze čtyři. Aktuálně je herní plán schválen a provozování kursově sázky na internetu povoleno akciovým společenstvem Tipsport, Fortuna, Chance, Synot Tip a Sazka.

Co se hry Internetová kursová sázka týče, ta je založená na sázce, uzavírané prostřednictvím veřejného serveru umožňujícího dálkový přístup předem neomezenému okruhu osob, v síti Internet a sázky mohou uzavřít pouze osoby registrované provozovatelem za podmínek stanovených ve schváleném herním plánu.

Internetovou kursovou sázku lze definovat jako hru, při níž po složení vkladu je výhra podmíněná uhodnutím (nebo také "správným tipem") sportovních výsledků nebo pořadí ve sportovních soutěžích, závodech, dostizích anebo uhodnutím jiných nesportovních sázkových událostí především veřejného zájmu jako např. volby, referenda, kulturní události aj., pokud internetové kursově sázky na tyto sázkové události neodporují morálním a etickým principům. Internetová kursová sázka je uzavírána buď na jednu sportovní, nesportovní nebo jinou sázkovou událost nebo na soubor sázkových událostí. Výše výhry je přímo úměrná výhernímu poměru (kurs), ve kterém byla sázka přijata a výši vsazené částky. Internetová kursová sázka je kursovou sázkou, uzavíranou prostřednictvím veřejného serveru umožňujícího dálkový přístup neomezenému okruhu osob v síti internet. Je tak stanoveno v jednom z Herních plánů pro provozování Internetové kursově sázky.

Provozovatel ve hře Internetová kursová sázka umožní účast ve hře pouze osobám, u nichž při registraci dle platného průkazu totožnosti ověří jejich totožnost a skutečnost, že se jedná o osoby starší 18 let. Musí také

disponovat sítí stálých provozních míst, v nichž provádí registraci sázejícího, která je nezbytnou podmínkou jeho účasti.¹ Další podmínkou pro rozhodnutí Ministerstva financí ČR bylo, že čeští provozovatelé budou podléhat regulaci ve smyslu loterního zákona a plnit poplatkové povinnosti a část výtěžku musí použít na veřejně prospěšné účely.

Ministerstvo financí ČR dle vlastního sdělení povolením této hry reagovalo na neudržitelnou situaci, kdy zahraniční subjekty již provozovaly sázkové hry přes internet v "českém prostředí", zatímco domácí subjekty povolením nedisponovaly. Aktivitu zahraničních subjektů však nemohou být Ministerstvem financí ČR regulovány a tyto subjekty také neodvádějí příslušné odvody a poplatky.²

Dalším důvodem, proč se Ministerstvo financí ČR rozhodlo povolit hru Internetová kursová sázka, bylo také zefektivnění dosavadní kontroly. "Když české firmy budou u nás provozovat internetové sázení, tak budou samozřejmě mnohem ochotněji spolupracovat při vyhledávání a odhalování těch nepovolených firem ze zahraničí," řekl dříve náměstek ministra financí ČR Tomáš Zídek.³ Toto odůvodnění se však jeví jako "výkřik do tmy", jelikož Odbor Státního dozoru nad sázkovými hrami a loteremi, který spadá pod Ministerstvo financí ČR, přesně ví, o které společnosti jde.

Zajímavé je také "právní pozadí" na základě kterého Ministerstvo financí ČR rozhodlo a povolilo hru Internetová kursová sázka. Jak již bylo výše zmíněno, současný loterní zákon je zastaralý, nereflektuje na nové herní produkty a technologie, ovšem obsahuje "zázračné" zmocňovací ustanovení - § 50 odst. 3, které zní:

"Ministerstvo může povolovat i loterie a jiné podobné hry, které nejsou v zákoně v části první až čtvrté upraveny, s tím, že v povolení budou všechny podmínky provozování podrobně stanoveny. Použije přitom přiměřeně ustanovení části první až čtvrté zákona."

"Objevení" tohoto ustanovení není nikterak nové a prostřednictvím něho společnosti už v minulosti žádaly o povolení sázení přes internet, nebylo jim však vyhověno.

¹ Registrace sázejících a provoz hry Internetová kursová sázka byl zahájen 5. ledna 2009.

² Rozhodnutí ve věci provozování hry Internetová kursová sázka. /cit. 2009-03-31/ Dostupné z: <http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xls/tiskove_zpravy_44441.html?year=2008>

³ MF povolilo pěti tuzemským firmám sázky přes web. /cit. 2009-03-31/ Dostupné z: <http://www.financninoviny.cz/tema/index_ciew.php?id=350509&id_seznam=536>

Objevily se také názory odborné veřejnosti, že výjimečný paragraf, podle kterého je povolení vydáváno, nelze aplikovat, protože se týká jen nových her, nikoliv kursových sázek. Toto tvrzení se zdá být logickým. Loterní zákon o kursových sázkách ve svém § 2 písm. h) říká: "Loteriemi a jinými podobnými hrami jsou zejména: sázkové hry, při nichž je výhra podmíněna uhodnutím sportovních výsledků nebo pořadí ve sportovních soutěžích, závodech nebo uhodnutím jiných událostí veřejného zájmu, pokud sázky na tyto události neodporují etickým principům. Výše výhry je přímo úměrná výhernímu poměru, ve kterém byla sázka přijata a výši vsazené částky." Tudíž se hra Internetová kursová sázka nejeví jako hra nová, ale spíše provozovaná jiným způsobem.

S odstupem času lze konstatovat, že se neobjevily zásadnější hlasy, které by volaly po zamezení, nebo zrušení online sázení. Spíše obliba hráčů a neustálý nárůst procent z koláče loterních her nasvědčují opaku. Zrušení online her obecně, s ohledem na skutečnost, že "světu vládne internet", lze očekávat s těžší, proto je jedinou a žádoucí cestou jejich regulace a harmonizace právních předpisů v mezinárodním pojetí.

Jen s těžší lze konstatovat, jestli rozhodnutí ministerstva učinit krok k legalizaci hry Internetové kursově sázce, je krokem správným. Že existuje "pololegální způsob" (dalo by se říci obcházení zákona) jak tuto hru povolit je jednou stranou věci, spíše vidím problém s kontrolou. Není zde totiž fungující mechanismus, který by systémově řešil a trestal možné prohřešky provozovatelů. Tudíž považuji rozhodnutí o povolení hry Internetová kursová sázka za rozhodnutí čistě politické. Je otázkou, jestli Ministerstvo financí ČR bude nadále povolovat tuto hru i jiným subjektům, a to třeba i v případě, že o to požádá společnost, která má pouze jednu kamennou provozovnu nebo byla tato výjimka „vymyšlena“ pouze pro výše uvedených pět subjektů.

* Online sázení v mezinárodním prostředí

Jednotlivé země Evropské unie mají k sázení přes internet rozdílný přístup. Vnitřní trh Evropské unie tedy není jednotný a pokusy o harmonizaci prozatím neúspěšné. Dne 24. 3. 2011 však byla Evropskou komisí vydána Zelená kniha o online hazardních hrách na vnitřním trhu, jejímž účelem je zahájení konzultace o úkolech veřejné politiky a možných problémech v souvislosti s online hazardními hrami.⁴

V současnosti existují na vnitřním trhu dva druhy regulačních modelů; jeden je založen na provozovateli s povolením (licencí), kteří poskytují služby za striktně vymezených podmínek a druhý na přísně kontrolovaném monopolu (většinou státním). Rozvoj internetu a zvýšená nabídka online

⁴ Zelená kniha Evropské komise. O on-line hazardních hrách na vnitřním trhu. Ze dne 24. března 2011, KOM (2011) 128, SEK(2011) 321 v konečném znění.

hazardních her způsobují, že paralelní existence těchto odlišných vnitrostátních modelů je stále obtížnější, proto je namístě posílení spolupráce mezi členskými státy a přijímání opatření proti nelegálně provozovaným online hazardním hrám.

Z vývoje posledních let plyne, že trh s online hazardními hrami je nejrychleji se rozvíjícím segmentem trhu s hazardními hrami a jeho hospodářský význam stoupá. K tomu nutno doplnit, že více než 85 % ze 14 832 aktivních webových stránek s hazardními hrami je provozováno bez licence.⁵ Nelegální přeshraniční trh tvoří jednak černý trh, spočívající v neoprávněném, nezákonném uzavírání sázek a hraní her (a to i ze třetích států), a tzv. šedý trh, kdy provozovatelé s povolením, které jim bylo vydáno na území jednoho (příp. více států) propagují, nebo poskytují služby hazardních her pro občany jiných států, aniž by v těchto zemích disponovali povolením.⁶ Zásadní otázkou v tomto ohledu je "místo provozování". Nelze spolehlivě určit, jestli skutečnost, že webová stránka bude např. vedena v českém jazyce, tudíž bude pro české uživatele komfortní, ale provozovatel bude usazen v jiném státě, jestli půjde o provozování na území České republiky, nebo český uživatel využil služby poskytnuté ze zahraničí.

Podle evropského práva, jak potvrdil Soudní dvůr EU, spadají hazardní hry do působnosti článku 56 Smlouvy o fungování EU, a proto se na ně vztahují pravidla o poskytování služeb. Provozovatelé tedy mohou s povolením pro jeden členský stát poskytovat své služby spotřebitelům v jiném státě, pokud se na ně nevztahují omezení ve vyšším veřejném zájmu, jako je ochrana spotřebitele nebo obecná potřeba zachovávat veřejný pořádek. Tato omezení musí být v souladu se sekundárními právními předpisy EU.⁷

Pro potřeby konzultace mezi státy EU je také zajímavé stanovisko Soudního dvora EU, které stanovuje specifické znaky, které umožňují členským státům přijmout opatření omezující, nebo regulující poskytování online hazardních služeb v zájmu boje proti závislosti na hazardních hrách, ochranu služeb před podvodem a trestnou činností. Těmito znaky jsou:

- provozovatel, který je usazen v členském státu by měl prokázat odbornou způsobilost a bezúhonnost; pouhá skutečnost, že provozovatel legálně nabízí služby hazardních her v jiném členském státu, než v kterém je usazen, nelze

⁵ Zelená kniha Evropské komise. O on-line hazardních hrách na vnitřním trhu. Ze dne 24. března 2011, KOM (2011) 128, SEK(2011) 321 v konečném znění, str. 4.

⁶ Zelená kniha Evropské komise. O on-line hazardních hrách na vnitřním trhu. Ze dne 24. března 2011, KOM (2011) 128, SEK(2011) 321 v konečném znění, str. 6.

⁷ Zelená kniha Evropské komise. O on-line hazardních hrách na vnitřním trhu. Ze dne 24. března 2011, KOM (2011) 128, SEK(2011) 321 v konečném znění, str. 7.

považovat za dostatečnou záruku ochrany spotřebitelů před riziky podvodu a trestné činnosti,⁸

- chybějící kontakt mezi spotřebitelem a provozovatelem online hazardních her (hrozící riziko podvodu),

- snadný a nepřetržitý přístup k online službám hazardních her, anonymita, absence sociální kontroly (hráčská závislost).⁹

* Poker online

Závěrem článku bych ráda věnovala pozornost pokeru, který lze označit jako nejoblíbenější a nejrozšířenější online hazardní hru. Co se českého právního prostředí týče, online poker není žádným způsobem regulován, tudíž ani povolen. Navíc k pokeru obecně (tj. i k jako živé hře) není sto zaujmout jednotný postoj ani moc výkonná, když Ministerstvo vnitra tvrdí, že je to dovednostní hra a úspěch v ní nezáleží jen na štěstí hráče, a proto nevidí problém v zakládání občanských sdružení, které organizují pokerové turnaje (živá hra). Naopak Ministerstvo financí soudí, že jde o jasnou formu hazardní hry a měla by být tedy regulována, povolována a zpoplatněna.

Co se pokeru online týče, nelze nezpomenout "černý pátek" pokeru online v USA. V době kdy je legalizace hazardu online na spadnutí zasáhla 15. 4. 2011 prokuratura ve spojení s FBI proti největším provozovatelům a odpojila servery PokerStars, FullTilt Poker a Absolute Poker a zmrazila jim 76 bankovních účtů ve 14 zemích. Po týdnu bylo povoleno tyto domény opět povolit, ale pouze za účelem vyplácení herních účtů hráčů.

V roce 2006 schválil Kongres USA zákon proti ilegálním hazardním hrám na internetu (UIGEA - Unlawful Internet Gambling Enforcement Act), který zakazuje osobě, nebo společnosti přijímat peněžní vklady na hazardní hry, tj. hrát se může, ale nesmí se vkládat peníze do hry. Je otázkou jaký dopad bude mít zásah orgánů USA, jelikož například společnost PokerStars je usazena na ostrově Man.¹⁰

Je nepochybně žádoucí, aby problematika online hazardních her byla vyřešena nejen na úrovni státní nebo unijní. S ohledem na skutečnost, že internet nezná hranice států, je celosvětovým problémem, jaký postoj k hazardním hrám provozovaným po internetu zaujmout, resp. jaká stanovit společná pravidla.

⁸ Rozsudek soudního dvora ve věci C-42/07, Sb. rozh. 2009, s I-7633, bod 69.

⁹ Zelená kniha Evropské komise. O on-line hazardních hrách na vnitřním trhu. Ze dne 24. března 2011, KOM (2011) 128, SEK(2011) 321 v konečném znění, str. 12.

¹⁰ Matějček, Petr. černý pátek pokeru? Možná velký začátek. Vydáno 27. dubna 2011. Dostupné z: <<http://www.ceskapozice.cz/byznis/podnikani-trhy/cerny-patek-pokeru-mozna-velky-zacatek>>

Literature:

- Rozhodnutí ve věci provozování hry Internetová kursová sázka. /cit. 2009-03-31/ Dostupné z: <http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xls/tiskove_zpravy_44441.html?year=2008>
- MF povolilo pěti tuzemským firmám sázky přes web. /cit. 2009-03-31/ Dostupné z: <http://www.financninoviny.cz/tema/index_ciew.php?id=350509&id_seznam=536>
- Zelená kniha Evropské komise. O on-line hazardních hrách na vnitřním trhu ze dne 24. března 2011, KOM (2011) 128, SEK(2011) 321 v konečném znění.
- Rozsudek soudního dvora ze dne 8. 9. 2009 ve věci C-42/07.
- Matějček, Petr. černý pátek pokeru? Možná velký začátek. Vydáno 27. dubna 2011. Dostupné z: <<http://www.ceskapozice.cz/byznis/podnikani-trhy/cerny-patek-pokeru-mozna-velky-zacatek>>

Contact – email

alena.salinkova@law.muni.cz

CENTRALNA EWIDENCJA I INFORMACJA O DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

ROBERT SIENKO, MICHAŁ RUTKOWSKI

University of Bialystok, Faculty of Law, Poland

Abstract in original language

Celem niniejszej publikacji będzie przybliżenie zasad funkcjonowania nowej instytucji w polskim publicznym prawie gospodarczym - Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Szczególną uwagę poświęcimy zadaniom stawianym przed CEIDG oraz formie w jakiej instytucja ta ma funkcjonować. Ponadto opiszemy również obowiązujący stan prawny oraz różnice jakie nastąpią po wprowadzeniu wspomnianej instytucji.

Key words in original language

Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej (CEIDG), działalność gospodarcza, rejestracja.

Abstract

The purpose of this article is to introduce the operating rules of the new instrument in the Polish public economic law - Central Registration and Information on Business. The most important issue relates to assignments and forms of CEIDG. Moreover, we're going to describe legal status of CEIDG and predicted changes.

Key words

Central Registration and Information on Business (CEIDG), business, registration.

1. WPROWADZENIE

Zasady ewidencjonowania działalności gospodarczej przedsiębiorców będących osobami fizycznymi ulegają z dniem 1 lipca 2011 roku znacznej modyfikacji. Wszystko za sprawą wejścia w życie przepisów zamieszczonych w Ustawie z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej¹ wprowadzających nową instytucję w polskim publicznym prawie gospodarczym – Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG). CEIDG zastąpi tym samym Ewidencję Działalności Gospodarczej regulowaną przepisami ustawy z dnia

¹ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 ze zm.) – powoływana dalej jako u.s.d.g.

19 listopada 1999 roku Prawo działalności gospodarczej². Podstawowym celem nowelizacji jest usprawnienie systemu rejestracji działalności gospodarczej właściwego wyłącznie osobom fizycznym.

1. W uproszczeniu modernizacja sprowadza się do ukonstytuowania i wprowadzenia w życie innowacyjnych technologii – systemu teleinformatycznego w postaci CEIDG, który zacznie funkcjonować od dnia 1 lipca 2011 r., w oparciu o platformę ePUAP

W odróżnieniu do aktualnie obowiązujących rozwiązań,

2. legalne rozpoczęcie wykonywania działalności gospodarczej uzależnione będzie od zgłoszenia Internetowego, i co istotne będzie następowało bez konieczności osobistego stawiennictwa w urzędzie gminy.
3. Wynika to przede wszystkim z tego, że dostęp do systemu CEIDG zapewni platforma ePUAP³. Tym samym ostatecznie zrealizowana zostanie postulowana od dawna zmiana zasad legalizacji działalności gospodarczej. Po długim okresie *vacatio legis* i wielokrotnych wahaniach ustawodawcy⁴, oczekiwana informatyzacja, przynajmniej w omawianym zakresie wreszcie będzie miała miejsce.

Koncepcja powołania CEIDG wzorowana była na znanej już prawu polskiemu instytucji - Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego funkcjonującej w polskim systemie prawnym od roku 2001⁵. CIKRS jednakże właściwością nie obejmuje osób fizycznych wykonujących działalność gospodarczą, lecz wyłącznie podmioty inne niż osoby fizyczne.

Warto podkreślić, że zasadnicze zadania CEIDG, w porównaniu do aktualnie obowiązującej konstrukcji EDG, nie ulegają zmianie. W dalszym ciągu jest to ewidencjonowanie (rejestracja i legalizacja) przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, a także udostępnianie informacji o przedsiębiorcach i ich działalności wykonywanej a terytorium RP⁶. W niniejszym wystąpieniu skupimy się na pierwszym z przytoczonych zadań, opisując zarówno aktualnie obowiązujący stan prawny, jak również przepisy wkrótce wchodzące w życie.

² Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. z 1999 r., Nr 101, poz. 1178 ze zm.) – powoływana dalej jako p.d.g.

³ Dostęp on-line: <http://www.mg.gov.pl/node/9800>, dostęp dnia: 27.04.2011 r.

⁴ R. Dowgier, M. Etel, Zmiany w zakresie ewidencjonowania działalności gospodarczej oraz identyfikacji podatkowej przedsiębiorcy, PUG 2009, Nr 10, str. 22

⁵ C. Kosikowski, Ustawa i swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2011 r., str. 181

⁶ Zob. art. 23 ust 3 u.s.d.g.

2. ZASADY FUNKCJONOWANIA CENTRALNEJ EWIDENCJI I INFORMACJI O DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Organem odpowiedzialnym za utworzenie i prowadzenie CEIDG ma być minister właściwy do spraw gospodarki. Realizację tego zadania umożliwi wydanie aktów wykonawczych do u.s.d.g. CEIDG stając się organem ewidencyjnym zastąpi w tej roli dotychczasowe organy przewidziane w p.d.g., a więc wójtów, burmistrzów lub prezydentów miast. Konsekwencją ustanowienia jednego organu będzie powstanie jednego zbioru ewidencyjnego, prowadzonego w systemie teleinformatycznym, w miejsce dotychczasowych ewidencji działalności gospodarczej prowadzonych przez każdą gminę samodzielnie⁷. Rola dotychczasowych organów ewidencyjnych zostanie ograniczona m.in. do przyjmowania wniosków o wpis (w sytuacji gdy wnioskodawca nie złoży wymaganego wniosku wykorzystując formularz elektroniczny), ich weryfikację pod względem formalnym, potwierdzenie na piśmie i za pokwitowaniem przyjęcia wniosku złożonego w gminie, a następnie przekształcenie go w formę elektroniczną i przesłanie do CEIDG⁸.

Podstawową formą składania wniosku o wpis do CEIDG będzie wypełnienie formularza elektronicznego dostępnego na stronie internetowej CEIDG oraz w Biuletynie Informacji Publicznej ministra właściwego do spraw gospodarki⁹. Wniosek ten powinien być opatrzony bezpiecznym podpisem elektronicznym. Ustawa przewiduje również alternatywne formy złożenia wniosku o wpis do CEIDG. Są nimi wspomniane wyżej złożenie przez przedsiębiorcę wniosku w formie papierowej przy wykorzystaniu formularza zgodnego z określonym wzorem wniosku. Może on zostać przekazany osobiście lub wysłany listem poleconym do wybranego urzędu gminy. W sytuacji złożenia wniosku osobiście powinien on być własnoręcznie podpisany, natomiast w wypadku wniosku przesłanego pocztą niezbędne jest notarialne poświadczenie podpisu wnioskodawcy. Kolejny etap stanowi weryfikacja treści pod względem formalnym dokonywana przez organ gminy, który potwierdzana, za pokwitowaniem, przyjęcie wniosku. Następnie wniosek przekształcany jest na formę elektroniczną i przesyłany do CEIDG nie później niż następnego dnia roboczego od jego otrzymania. Wniosek przed przesłaniem poświadczany jest przez gminę jej własnym podpisem elektronicznym, co umożliwia rejestrację działalności gospodarczej przedsiębiorcom nie posiadającym jeszcze własnego podpisu elektronicznego¹⁰. Podkreślenia wymaga fakt, że

⁷ ibidem, str. 182

⁸ ibidem, str. 183

⁹ Zob. art. 26 ust 1 u.s.d.g.

¹⁰ M. Etel, M. Nowikowska, A. Piszcz, J. Sieńczyło-Chlabicz, W. Stachurski, A. Żukowska, *Publiczne Prawo Gospodarcze. Ćwiczenia*, Warszawa 2010, str. 77

wszelkie wnioski o wpis do CEIDG są zwolnione z opłat. Instytucja ta funkcjonuje już w ramach przepisów zawartych w p.d.g.

Złożenie wniosku spełniającego wszystkie przewidziane w przepisach u.s.d.g. wymogi będzie potwierdzone przesłaniem stosownej informacji przez system teleinformatyczny CEIDG na wskazany przez przedsiębiorcę adres poczty elektronicznej. Natomiast jeżeli wniosek o wpis do CEIDG nie jest poprawny system teleinformatyczny CEIDG przesyła składającemu, drogą elektroniczną, wyłącznie informację o przyczynach niepoprawności wniosku¹¹. Za przyczyny tej niepoprawności można uznać sytuację, w której wniosek:

- 1) nie zawiera danych, o których mowa w art. 25 ust. 1 i 5, lub
- 2) zawiera dane błędne, lub
- 3) dotyczy działalności nieobjętej przepisami ustawy, lub
- 4) został złożony przez osobę, wobec której orzeczono zakaz wykonywania określonej
- we wniosku działalności gospodarczej, lub
- 5) został złożony przez osobę już wpisaną do CEIDG, lub
- 6) jest niepodpisany¹².

U.s.d.g. pozwala na załatwienie spraw ewidencyjnych osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą poprzez zastosowanie tzw. „jednego okienka”, znanego z p.d.g.¹³ Możliwość taka wynika ze stwierdzenia ustawodawcy, że integralną częścią wniosku o wpis do CEIDG jest żądanie wpisu albo zmiany wpisu w krajowym rejestrze urzędowym podmiotów gospodarki narodowej (REGON), zgłoszenia identyfikacyjnego albo aktualizacyjnego na cele podatkowe oraz zgłoszenia na cele ubezpieczenia

¹¹ R. Dowgier, M. Etel, Zmiany w zakresie ewidencjonowania działalności gospodarczej oraz identyfikacji podatkowej przedsiębiorcy, PUG 2009, Nr 10, str. 23

¹² Zob. art. 27 ust 2 u.s.d.g.

¹³ Zgodnie z art. 7b ust 4 p.d.g. wniosek o wpis do ewidencji działalności gospodarczej jest jednocześnie wnioskiem o wpis do krajowego rejestru urzędowego podmiotów gospodarki narodowej (REGON), zgłoszeniem identyfikacyjnym albo aktualizacyjnym, o którym mowa w przepisach o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników, zgłoszeniem płatnika składek albo jego zmiany w rozumieniu przepisów o systemie ubezpieczeń społecznych albo zgłoszeniem oświadczenia o kontynuowaniu ubezpieczenia społecznego rolników w rozumieniu przepisów o ubezpieczeniu społecznym rolników. Nie dotyczy to sytuacji, gdy wniosek dotyczy zmiany danych nieobjętych wpisem do ewidencji działalności gospodarczej.

społecznego¹⁴. W wypadku zgłoszenia takiego żądania CEIDG zobowiązane jest niezwłocznie, jednak nie później niż następnego dnia roboczego po dokonaniu wpisu, przesłania informacji właściwym organom¹⁵.

Wpis do CEIDG polega na wprowadzeniu do systemu teleinformatycznego danych podlegających wpisowi i jest on dokonany z chwilą zamieszczenia danych w CEIDG, nie później niż następnego dnia roboczego po dniu wpływu wniosku o wpis¹⁶. Katalog danych podlegających wpisowi obejmuje:

1. firmę przedsiębiorcy oraz jego numer PESEL, o ile taki posiada;
2. numer identyfikacyjny REGON przedsiębiorcy, so ile taki posiada;
3. numer identyfikacji podatkowej (NIP), o ile taki posiada;
4. informacje o obywatelstwie polskim przedsiębiorcy, o ile takie posiada, i innych obywatelstwach przedsiębiorcy;
5. oznaczenie miejsca zamieszkania i adresu, adresu do doręczeń przedsiębiorcy oraz adresu, pod którym jest wykonywana działalność gospodarcza, a jeżeli przedsiębiorca wykonuje działalność poza miejscem zamieszkania - adresu głównego miejsca wykonywania działalności i oddziału, jeżeli został utworzony;
6. adres poczty elektronicznej przedsiębiorcy oraz jego strony internetowej, o ile takie posiada;
7. datę rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej;
8. określenie przedmiotów wykonywanej działalności gospodarczej, zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD);
9. informację o istnieniu lub ustaniu małżeńskiej wspólności majątkowej;
10. informację o umowie spółki cywilnej, jeżeli taka została zawarta;
11. dane pełnomocnika upoważnionego do prowadzenia spraw przedsiębiorcy, o ile przedsiębiorca udzielił ogólnego pełnomocnictwa;

¹⁴ Zob. art. 25 ust 5 u.s.d.g.

¹⁵ M. Etel, M. Nowikowska, A. Piszcz, J. Sieńczyło-Chlabicz, W. Stachurski, A. Żukowska, *Publiczne Prawo Gospodarcze. Ćwiczenia*, Warszawa 2010, str. 79

¹⁶ Zob. art. 25 ust 3 u.s.d.g.

12. informacje o zawieszeniu i wznowieniu wykonywania działalności gospodarczej;
13. informacje o ograniczeniu lub utracie zdolności do czynności prawnych oraz o ustanowieniu kuratora;
14. informacje o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu, o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika, zmianie postanowienia o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu na postanowienie o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika i zakończeniu tego postępowania;
15. informacje o wszczęciu postępowania naprawczego;
16. informacje o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej określonej we wpisie do CEIDG¹⁷.

Większość z wyżej wymienionych danych należy zamieścić w sytuacji, gdy składany jest wniosek o dokonanie wpisu. W razie zaistnienia okoliczności uzasadniających uzupełnienie wpisu mogą one zostać one wpisane w późniejszym terminie. Istnieje możliwość zawarcia danych w sposób negatywny polegający wskazaniu, iż w chwili złożenia wniosku o wpis brak jest o nich informacji. Rozwiązanie to pozwala na uzupełnienie danych, które pojawiają się w czasie późniejszym i przyjmie formę zmiany wpisu do CEIDG¹⁸.

Dane podlegające wpisowi częściowo różnią się od danych wpisywanych do ewidencji działalności gospodarczej. Katalog danych został poszerzony m.in. o:

1. informacje o obywatelstwie polskim przedsiębiorcy i o innych obywatelstwach przedsiębiorcy;
2. adres poczty elektronicznej przedsiębiorcy oraz jego strony internetowej o ile takie posiada;
3. zawieszenia i wznowienia wykonywania działalności gospodarczej;
4. zakazu prowadzenia działalności gospodarczej określonej we wpisie do CEIDG¹⁹.

¹⁷ Zob. art. 25 ust 1 u.s.d.g.

¹⁸ C. Kosikowski, Ustawa i swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2011 r., str. 188

¹⁹ C. Kosikowski, ibidem, str. 188 i n.

Niemniej jednak za wadę należy uznać brak informacji dotyczących m.in. koncesji, zezwolenia, zgody, licencji, upoważnienia (dotychczas wpisywane w EDG). Słuszne jest twierdzenie iż: „Skoro CEIDG w założeniu stanowi podstawowe źródło wiedzy o przedsiębiorcach powinna zawierać wszelkie dane charakteryzujące osobę fizyczną jako przedsiębiorcę oraz jej działalność gospodarczą”²⁰.

W ciekawy sposób zostało rozstrzygnięte przekazywanie informacji o dokonaniu wpisu dotyczącego rejestracji działalności gospodarczej. Nie będzie on wydawany przez CEIDG lecz przyjmie postać elektroniczną albo formę wydruku ze strony internetowej. Oznacza to, że będzie on powszechnie dostępny.²¹

W sytuacji gdy zajdą przesłanki dotyczące zmiany danych wpisanych w CEIDG przedsiębiorca jest obowiązany dokonać zmiany w terminie 7 dni. To samo dotyczy sytuacji trwałego zaprzestania działalności gospodarczej prowadzonej przez przedsiębiorcę.²² Ponadto przedsiębiorca obowiązany jest zgłosić wniosek o zmianę wpisu gdy zawiesza lub wznawia prowadzoną przez siebie działalność gospodarczą.²³ Natomiast w sytuacji gdy wpis dotyczy informacji zawartych w artykule 25 ust. 1 pkt. 13-16 u.s.d.g. organ jest zobowiązany z urzędu przekazać je do CEIDG za pomocą formularza internetowego zamieszczonego na stronie CEIDG. Obowiązek ten organ musi wykonać niezwłocznie, jednak nie później niż w ciągu 7 dni od dnia uprawomocnienia się postanowienia dotyczącego ograniczenia lub utraty zdolności do czynności prawnych przedsiębiorcy, decyzji lub wyroku sądu mówiącego o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej.²⁴

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej zawiera również domniemanie prawdziwości danych wpisanych do CEIDG.²⁵ Wiąże się z tym odpowiedzialność za brak prawdziwości danych podanych we wniosku o wpis do CEIDG, spoczywa ona na przedsiębiorcy, który dokonał ten wpis. Natomiast w sytuacji złego wpisania danych przez organ ewidencyjny, zgodnie z poglądem C. Kosikowskiego odpowiedzialność będzie spoczywać na CEIDG (Skarbie Państwa).²⁶

²⁰ R. Dowgier, M. Etel, Zmiany w zakresie ewidencjonowania działalności gospodarczej oraz identyfikacji podatkowej przedsiębiorcy, PUG 2009, Nr 10, str. 24

²¹ R. Dowgier, M. Etel, ibidem, str. 25

²² Zob. art. 30 ust 1 u.s.d.g.

²³ Zob. art. 32 ust 1 u.s.d.g.

²⁴ C. Kosikowski, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2011 r., str. 208

²⁵ Zob. art. 33 u.s.d.g.

²⁶ C. Kosikowski, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2011 r., str. 209 i 210

Warto podkreślić, że istotnym novum zawartym w u.s.d.g. jest możliwość publikowania danych w innych językach niż tylko polskim.²⁷ Pozwoli to na rozwój współpracy z zagranicznymi przedsiębiorcami oraz na zwiększenie bezpieczeństwa w międzynarodowych relacjach gospodarczych.²⁸

3. PODSUMOWANIE

Wprowadzana zmiana przepisów radykalnie odmieni sposób ewidencjonowania działalności gospodarczej prowadzonej przez osoby fizyczne. Obecna forma rejestracji przedsiębiorców w EDG przestanie istnieć i zostanie zastąpiona przez CEIDG zamieszczoną na elektronicznej platformie usług administracji publicznej.²⁹ Będzie to ostatni etap w zaplanowanej reformie mającej na celu stworzenie jak najlepszych warunków rejestracji oraz prowadzenia działalności gospodarczej. Z drugiej strony zgodzić się jednak należy z poglądem C. Kosikowskiego iż wprowadzenie CEIDG stałoby się zmianą fundamentalną, o ile obejmowałaby ona wszystkie podmioty wykonujące działalność gospodarczą jednocześnie zastępując pozostałe ewidencje i rejestry przedsiębiorców. Dopiero wówczas realizowałaby w pełni funkcję informacyjną oraz legalizacyjną (kreacyjną).³⁰

Poza tym rozwiązania zawarte w rozdziale u.s.d.g. poświęconym CEIDG zasługują na pozytywną ocenę. Uproszczenie sposobu rejestracji i legalizacji działalności gospodarczej zostanie przychylnie odebrane przez przedsiębiorców oraz osoby fizyczne planujące rozpoczęcie działalności gospodarczej. Zauważyć również należy, że mające wejść w życie 1 lipca 2011 r. nowelizacje nie będą stanowiły niczego więcej niż tylko implementacji standardowych reguł obecnych już większości krajów europejskich.³¹

Warto także podkreślić fakt iż, planowane są kolejne zmiany przepisów, które mają na celu usprawnić funkcjonowanie CEIDG. Nowelizacje przepisów (które jeszcze nie weszły w życie) mają dotyczyć m.in. zawieszenia działalności gospodarczej, wyboru formy opodatkowania podatkiem PIT oraz wprowadzenia „rejestru pełnomocnictw”. Nowe regulacje odnoszące się do zawieszenia działalności gospodarczej pozwolą osobom prowadzącym działalność w kilku formach na zawieszenie działalność w jednej z tych form (obecnie nie ma takiej możliwości) oraz na

²⁷ Zgodnie z art. 38 ust 3 u.s.d.g. Minister właściwy do spraw gospodarki może określić, w drodze rozporządzenia, języki obce, w jakich będą udostępniane opisy danych i informacji

²⁸ R. Dowgier, M. Etel, Zmiany w zakresie ewidencjonowania działalności gospodarczej oraz identyfikacji podatkowej przedsiębiorcy, PUG 2009, Nr 10, str. 25

²⁹ Ibidem, str. 26

³⁰ ibidem

³¹ Ibidem, str. 27

określenie dokładnej liczby dni albo miesięcy zawieszenia wykonywanej działalności gospodarczej. Natomiast proponowany przez ministra właściwego do spraw gospodarki „rejestr pełnomocnictw” (o którego wprowadzenie od dawna wnioskują przedsiębiorcy) zniesie obowiązek posługiwania się przed organami administracji publicznej osobnym pełnomocnictwem, jeśli informacja o jego udzieleniu znajdować się będzie w CEIDG. Rejestr, o którym mowa powyżej stanowić będzie alternatywę dla tradycyjnej formy pełnomocnictwa.³² Na koniec warto podkreślić fakt, że meritum proponowanych zmian dotyczy głównie rejestracji i legalizacji działalności gospodarczej co jak wiadomo nie jest podstawową sferą funkcjonowania przedsiębiorców.

Literature:

- R. Dowgier, M. Etel, Zmiany w zakresie ewidencjonowania działalności gospodarczej oraz identyfikacji podatkowej przedsiębiorcy, PUG 2009, Nr 10,
- C. Kosikowski, Ustawa i swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2011 r.,
- M. Etel, M. Nowikowska, A. Piszcz, J. Sieńczyło-Chlabicz, W. Stachurski, A. Żukowska, Publiczne Prawo Gospodarcze. Ćwiczenia, Warszawa 2010,

Contact – email

robert-2905@gazeta.pl

micchal-jb@o2.pl

³² Dostęp on-line: <http://www.eu-go.gov.pl/pl/strona-glowna-informacje/1469-projekt-nowelizacji-ustawy-o-swobodzie-dzialalnoci-gospodarczej/>, dostęp dnia: 15.05.2011 r.

USE OF MODERN TECHNOLOGIES IN CONTRACTING ON FINANCIAL SERVICES

EVA ŠULCOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Právo by se mělo vyvíjet s ohledem na vývoj společnosti. Většinou se tak děje následně, kdy se právo přizpůsobuje potřebám společnosti, technologiím a novým skutečnostem v životě. Právo se musí vyvíjet, aby drželo krok s technologií a zůstalo použitelné a účinné i ve změněných poměrech. Text příspěvku je zaměřen na využití nových technologií ve smluvním procesu v oblasti finančních produktů. Ačkoliv díky technologiím je možné uzavřít smlouvu vcelku jednoduchým způsobem, existují určitá právní ustanovení, která mohou proces ztížit.

Key words in original language

smlouva o finančních službách, smlouva na dálku, internet

Abstract

Law is supposed to develop according to the development of the society. Usually it takes the form of follow-up changes of law as the law is adjusted consecutively to the needs of people, technologies and other new things which appeared in the daily life. The law must be changed to keep up with the technology and to stay applicable and practical in new circumstances. The text focuses on possibilities of using modern technologies in contracting process, especially in the field of financial products. Although the technology enables to enter contract quite easily, law stipulates certain obstacles that might make the process difficult.

Key words

financial services contract, distance contract, internet

Úvod

Ačkoliv dnes již je sjednání smlouvy na dálku bez nutnosti fyzické přítomnosti smluvních stran v zásadě běžně využívanou skutečností, oblast bankovních produktů je v tomto směru stále poněkud pozadu.

V zásadě by se dalo říci, že smluvní proces u bankovních produktů nekoresponduje ideálně s trendem technických možností a nedošlo u něj k plnému využití potenciálu nových technologií. Pravda, samotný trh se víceméně přizpůsobuje technologiím a jejímu vývoji se zpožděním, ale

v oblasti bankovních produktů by se dokonce dalo mluvit o ustrnutí v době minulosti.

Důvodem pro nemožnost reagovat pružněji na technologické novinky a možnosti je, mimo jiných objektivních okolností, existence veřejnoprávních norem, které pro poskytovatele (případně i zprostředkovatele) bankovních služeb (produktů) stanovují specifické povinnosti spojené s uzavíráním smluv o finančních produktech a při jejich poskytování. Jedná se o povinnosti vyplývající z předpisů proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu.

Nutno zmínit, že tato pravidla proti legalizaci výnosů se vztahují nejen na poskytovatele finančních produktů (banky, pojišťovny atd.), ale i například na podnikatele s nemovitostmi, advokáty, notáře nebo obchodníky se starožitnostmi. Tedy subjektů, jejichž smluvní vztahy zatěžují tato pravidla, je daleko více než pouze poskytovatelé finančních služeb. Nicméně vzhledem k množství klientely a uzavíraných obchodů se u těchto subjektů pravděpodobně bude jednat o obchody, které jsou z pohledu rychlosti a univerzálnosti dotčeny patrně nejvíce.

Trendy v bankovníctví

Smlouva o bankovním produktu pro klienta-nepodnikatele je ideálním kandidátem na smlouvu uzavíranou jednoduchým způsobem, nejlépe pak na dálku bez nutnosti osobně navštívit obchodní místo banky. Na rozdíl od smluv uzavíraných s klienty z korporátního sektoru, případně i některými VIP klienty - fyzickými osobami v oblasti privátního bankovníctví, jsou zde smluvní ujednání standardizovaná, bez možnosti (či snad nutnosti) vyjednávání specifických podmínek a zjišťování specifických potřeb jednotlivých zájemců o uzavření smlouvy. Tomuto odpovídá i trend, který již mnohé banky nastoupily a který zcela jistě lze označit jako trend budoucího směřování produktů – produkty pro klienty musejí být srozumitelné, jednoduché a transparentní. Pouze takový produkt, kterému je klient schopen porozumět, nejlépe v rámci několika málo minut svého času, má šanci být úspěšný. Banky tam musí svým klientům, stávajícím nebo novým klientům v rámci akvizičního procesu, být schopny nabídnout jednoduché a srozumitelné produkty. Součástí trendu je také i jednoduchost sjednání produktu, případně též jeho správa a obsluha.

Vývoj zažívají i způsoby komunikace banky s klienty. Těžiště komunikace se přesouvá do způsobů založených na možnosti komunikace bez nutnosti fyzické přítomnosti. V dobách minulých byly základem pro fungování bank a komunikaci s klienty pobočky, kdy platilo, že úspěšnost banky se odvíjí od dosažitelnosti banky pro klienty, tj. od množství fungujících poboček pokrývajících pokud možno co nejrozsáhlejší geografickou oblast. Toto však dnes nemusí nutně platit.

Konkurenční výhodu získávají banky, které dokáží různé způsoby komunikace propojovat a využívat s maximálním efektem. Složitější produkty a služby vyžadující osobní jednání se odehrávají na pobočce, zatímco záležitosti jednoduché, jako podání platebních příkazů a základní obsluha produktů, je vykonávána pomocí technologií umožňující výkon takových činností automaticky bez nutnosti přímé účasti zaměstnance banky – například prostřednictvím internetového bankovníctví, případně možnost obsluhy klienta v tzv. samoobslužných zónách¹.

Možnost sjednání smlouvy na dálku

Pro účely našeho pojednání si představme člověka někde na hranici 30 let, který je občanem ČR. Pracuje v oblasti IT, a to ze svého domu v malé vesnici a do města nedojíždí příliš často. Tento náš vzorový klient (dále v textu jen jako "Klient") je vzhledem ke svému pracovnímu zaměření zvyklý pracovat denně s internetem. Klient by si rád otevřel nový běžný účet u banky, kde dosud žádný produkt neměl, pro účely provádění platebních operací. Záměrně je vybrán příklad relativně jednoduchý, abychom se nemuseli věnovat specifickým otázkám vyplývajících například z odlišné státní příslušnosti apod.

Jelikož půjde v našem případě o smlouvu, která nebude uzavírána z v rámci obchodní nebo jiné podnikatelské činnosti našeho Klienta, můžeme dále operovat s tím, že cílovým smluvním partnerem pro banku je z právního hlediska spotřebitel.

Podívejme se nyní na to, co brání jednoduchému sjednání smlouvy o bankovních službách - na základě pár úkonů přes internet.

Jistá specifická opatření pro uzavírání smlouvy bez fyzické přítomnosti klienta (tj. prostřednictvím telefonu, pošty nebo prostřednictvím internetu) obsahují ustanovení chránící spotřebitele v rámci občanského zákoníku. Občanský zákoník dokonce obsahuje specifickou část věnovanou pouze spotřebitelským smlouvám o finančních službách na dálku². Za smlouvy o finančních službách považuje občanský zákoník smlouvy týkající se bankovních, platebních, úvěrových a pojistných služeb, smlouvy týkající penzijního připojištění, smlouvy týkající se poskytování investičních služeb nebo smlouvy týkající se obchodů na trhu s investičními nástroji. V případě pochybností se má za to, že za smlouvu o finančních službách se pro účely smluv uzavíraných na dálku vždy považuje smlouva uzavíraná v rámci

¹ Srovnej též: BUCHAR Martin. Regenerace retailového bankovníctví [online]. Změněno 23.3.2011 [cit. 25.4.2011]. Dostupné z: <http://Bankovnictvi.iHNed.cz/c4-10064440-51321730-900000_d-regenerace-retailoveho-bankovnictvi>.

² § 54a a násl. občanského zákoníku.

předmětu podnikatelské činnosti podle první věty, kde na straně dodavatele vystupuje banka, a jiné v zákoníku vyjmenované instituce.

Tedy naše smlouva z příkladu bude zcela jistě smlouvou o finančních službách na dálku dle občanského zákoníku (§ 54a a násl.).

Nicméně samotný občanský zákoník, resp. jeho ustanovení vztahující se ke smlouvám o finančních službách uzavíraných na dálku, nejsou překážkou pro rychlé a jednoduché sjednání smlouvy. Povinnosti pro banku v rámci smluvního procesu stanovené občanským zákoníkem jsou v podstatě povinnostmi informačního charakteru, které pro banku je možné splnit poměrně jednoduše za dodržení požadované formy a způsobu informování, a to například rozšířením poskytovaných informací o produktu při uzavírání smlouvy nebo rozšířením smluvní dokumentace předávané klientovi. V zásadě lze však vůči povinnostem z občanského zákoníku shrnout, že nepředstavují zásadní překážku jednoduchosti smluvního procesu³.

Viníkem je spíše zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu (dále v textu jako "Zákon AML"). Tento zákon stanovuje bankám množství povinností navazujících na skutečnost, že banka uzavírá s klientem smlouvu o poskytnutí finančních služeb (nebo zatím o ní pouze jedná). Specificky je pak tímto zákonem řešena i smlouva o finančních službách uzavírána na dálku.

Opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti

Obecné pravidlo v rámci boje proti legalizaci výnosů z trestné činnosti (též označováno jako praní špinavých peněz) je, že banka má povinnost „znát svého klienta“. Tento požadavek zahrnuje znalost nejen identifikačních údajů o klientech, ale i znalost veškerých dalších okolností souvisejících s klientem, jeho existencí, které mohou mít dopad na činnost a aktivity klienta v rámci poskytovaného bankovního produktu. Důvodem pro tento požadavek je následná schopnost banky správně vyhodnotit aktivity klienta z hlediska rizika praní špinavých peněz.

Základem pro dostatečnou znalost klienta je samozřejmě důkladná a dostatečná identifikace klienta na začátku samotného vztahu s bankou. Povinnost identifikace na straně banky (zjištění stanoveného rozsahu identifikačních údajů) se uplatňuje na fyzických i právnických osob, pro každou z těchto skupin vždy s příslušnými specifiky. My se však

³ Ještě je vhodné připomenout, že tyto povinnosti se budou vztahovat pouze na uzavření samotné smlouvy o běžném účtu, jednotlivé transakce činěné na základě smlouvy o účtu už budou s těmito povinnostmi vyjmuty (dle § 54a odst. 3).

soustředíme pouze na situaci okolo osob fyzických – nepodnikatelů (spotřebitelů).

Zjištění identifikačních údajů a další povinnosti (jako je například porovnání vzhledu s vyobrazením osoby na fotografii) je zahrnuto zákonem proti praní špinavých peněz pod pojem „identifikace“.

A právě provedení procesu identifikace způsobuje onen problematický krok při uzavírání smlouvy s naším vzorovým Klientem.

Zákon AML výslovně stanoví, že prvotní identifikace musí proběhnout za fyzické přítomnosti identifikované osoby⁴. V praxi to tedy znamená, že pokud si Klient chce zřídit účet (jako svůj první bankovní produkt u konkrétní banky), pak musí proběhnout fyzický kontakt mezi ním a bankou. Musí se tedy dostavit fyzicky na některé z obchodních míst banky, kde banka (prostřednictvím svého zaměstnance) provede prvotní identifikaci a to za fyzické přítomnosti svého nového klienta.

Následné aktivity klienta s bankou již podléhají mírnějšímu režimu, kdy dle ustanovení § 8 odst. 5 Zákona AML při dalších obchodech (tj. jak provádění transakcí v rámci nově otevřeného účtu, tak i uzavírání nových smluv na další produkty) banka pouze ověřuje totožnost jednající osoby vhodným způsobem, přičemž takové ověření totožnosti může proběhnout i bez fyzické nepřítomnosti klienta (typicky tedy například prostřednictvím nástroje internetového bankovníctví).

Samozřejmě můžeme celou situaci otočit a připustit i situaci, že současná fyzická přítomnost klienta a banky bude splněna na jiném místě než na pobočce banky – tedy že banka například „přijde“ za klientem domů. Tato situace je samozřejmě též přípustná a je i využívána (u služeb pro fyzické osoby například v podobě tzv. kurýrů, kteří mohou vystupovat v roli zástupce banky).

K nutnosti fyzické přítomnosti při první identifikaci však druhým dechem nutno konstatovat, že zákonodárce (resp. tvůrce evropské směrnice, kterou zákona proti praní špinavých peněz implementuje) dokázal pamatovat i na možnost uzavření smlouvy bez fyzické přítomnosti klienta, samozřejmě i s ohledem na vývoj společnosti a obchodních vztahů⁵. Nicméně takový proces na dálku musí dostatečným způsobem zajišťovat zájmy společnosti na předcházení pokusům o legalizaci výnosů z trestné činnosti. Jde tak o to,

⁴ § 8 odst. 1 Zákona AML.

⁵ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/60/ES ze dne 26. října 2005 o předcházení zneužití finančního systému k praní peněz a financování terorismu přímo ve svém úvodu uvádí: „Aby se zabránilo opakovanému zjišťování totožnosti zákazníků, které vede ke zdržením a neefektivitě v podnikání, je s výhradou odpovídajících záruk hodné umožnit přijímání zákazníků, u nichž bylo zjištění totožnosti provedeno jinde.“

dostatečným způsobem vyvážit požadavek na možnost snadného uzavření smlouvy s bankou a požadavek na identifikaci osob účastnících na přesunech finančních aktiv a majetku pro účely potírání trestné činnosti v zájmu celé společnosti.

Pokud tedy chce banka a klient využít možnosti uzavřít smlouvu na dálku, aniž by došlo ke standardní identifikaci za fyzické přítomnosti klienta, musí být splněny zvláštní požadavky, které bance dostatečně zajistí zjištění identifikačních údajů a jejich ověření. Tato situace je Zákonem AML řešena v § 10 a § 11.

Možnosti identifikace na dálku

Konkrétně je těchto ustanovením naznačeno několik možností, které je možné pro uzavření smlouvy použít.

Jedním z nich je provedení identifikace jinou institucí, jíž je dle § 10 odst. 1 zákona propůjčeno oprávnění pro účely identifikace osob vydávat veřejné listiny – takovou institucí může být pouze notář, krajský úřad nebo obecní úřad obce s rozšířenou působností. Identifikace dle požadavků zákona, kterou by jinak činila dle obecných ustanovení k identifikaci banka na svém obchodním místě, může být provedena na žádost banky výše zmíněnými subjekty. Dokumentace o provedení identifikace požadovanými údaji (dle zákona se jedná o veřejnou listinu) je sepisována přímo pro konkrétní účel a konkrétní banku a je následně předávána bance, která se na takový dokument může spolehnout a již dále nemusí provádět další procesy z hlediska splnění povinnosti identifikace.

Předpokladem pro využití postupu dle § 10 je, že provedení identifikace přímo bankou brání závažné důvody. Dle stanoviska Ministerstva vnitra ČR⁶, lze za závažné důvody považovat „např. omezenou mobilitu klienta či jiné zdravotní důvody, péči o závislou osobu, dále to mohou být například cestovní náklady nebo časová náročnost (s ohledem na požadovanou službu včetně její hodnoty), které by nepřiměřeně zdražovaly nabízenou službu nebo bránily v poskytnutí služby v určeném termínu, a další.“ Z toho lze dovodit, že tato možnost je od počátku považována za možnost nestandardní, využívanou pouze vedou-li k tomu ony závažné důvody.

I z hlediska banky a klienta však využití této možnosti není optimální. Konkrétně to pro našeho Klienta znamená, že se musí fyzicky dostavit do

⁶ Stanoviska FAÚ MF ČR k problematice AML a CFT: stav k 19.říjnu 2010 [cit. 25.4.2011]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/reg_stanoviska_fau.html.

některé z notářských kanceláří (či pracoviště příslušného úřadu), zajistit si provedení identifikace (samozřejmě za dodržení provozní doby kanceláře) a následně též zajistit dodání dokumentace bance. Nezanedbatelnou položkou je i nutnost uhrazení poplatku za provedení úkonu. Pro banku využití této možnosti naopak znamená nastavení příslušného vnitřního procesu převzetí identifikace klienta provedenou pověřenou institucí. Obecně není tento proces bankami příliš podporován a lze jej považovat za výjimečný.

Druhou možností, spíše teoretickou, umožněnou Zákonem AML je možnost převzít identifikaci, kterou již učinila jiná banka. Tato možnost však nutně předpokládá spolupráci mezi, kdy banka přijímající identifikaci musí mít postoupení identifikačních údajů s předávající bankou předem dohodnuto. Praktická využitelnost tak závisí na vzájemných vztazích mezi bankami. Jelikož jsou však banky na českém trhu konkurenty a situace jejich veřejné spolupráce v podstatě neexistují, opět se tato možnost nemůže zařadit k ideálnímu využití pro banky a tím pádem tedy ani pro jejich nové klienty.

Postupem po jednotlivých odstavcích § 11 se dostáváme až k odstavci 4, tedy variantě, která je patrně nejvyužitelnější z hlediska Klienta a také často využívanou variantou bankami. Nutno však mít na paměti, že se vztahuje pouze na situaci u smlouvy o finančních službách na dálku podle občanského zákoníku (není tedy uplatnitelná u jiných skupin klientů než u spotřebitelů).

Tato varianta totiž v ideálním případě použitelná tak, že celý proces je pod kontrolou Klienta, bez nutnosti fyzického navštívení obchodního zastoupení nebo jiné instituce. Popišme si tedy, jak tento způsob uzavření smlouvy může fungovat.

Klient musí bance poskytnout (zaslat) kromě kopii svého průkazu totožnosti, ze kterého banka zjistí požadované identifikační údaje. Zároveň je požadováno poskytnutí ještě dalšího podpůrného identifikačního dokladu. Tyto kopie dokladů slouží bance pro zjištění údajů, které je nutné zjistit, ověřit nebo zaznamenat v rámci procesu identifikace. Zákon požaduje, aby identifikační údaje byly zjištělné z obou těchto průkazů, není tedy nutné aby každý z průkazů obsahoval celý výčet požadovaných údajů (ostatně toto ani není splnitelné, neboť kromě občanského průkazu neobsahují jiné druhy dokladů všechny z požadovaných údajů). Klient také dodá informace o průkazu totožnosti, jejichž zjištění je součástí procesu identifikace dle Zákona AML.

Dalším z požadavků pro završení procesu identifikace na dálku dle § 11 odst. 4 Zákona AML je zaslání identifikační platby. Tato platba musí být provedena jako první transakce v rámci nového účtu Klienta. Poskytovat službu na základě smlouvy je tak možné pouze po provedení identifikace, což zahrnuje i provedení platby. Identifikační platba Klienta musí být

provedena z účtu, který je veden na jméno Klienta u úvěrové instituce nebo u zahraniční úvěrové instituce⁷ působící na území členského státu Evropské unie nebo Evropského hospodářského prostoru. Další podrobnosti k platbě Zákon AML nestanoví – detaily tak může stanovit samotná banka (například určit výši platby).

Posledním požadavkem je pak prokázání vlastnictví účtu, ze kterého byla platba na nový účet provedena⁸. Děje se tak prostřednictvím „kopie dokladu, potvrzujícího existenci účtu“. Zde je opět prostor pro rozhodnutí banky, které z dokladů bude akceptovat. V zásadě se může jednat o smlouvu, kterou se daný účet zřizuje, často bývají akceptovány výpisy z daného účtu, z nichž jsou znatelné údaje prokazující vlastnictví. Splněním požadavků banky na prokázání by mělo ze strany Klienta postačovat k tomu, aby smlouva mohla být s bankou uzavřena a Klient mohl začít využívat služby.

Ve skutečnosti je tento proces relativně časově náročnější, neboť je nutno počítat s dobou nutnou pro doručování zásilek a dále s dobou nutnou na zpracování všech požadavků v bance, nicméně z hlediska našeho Klienta se může jednat o proces flexibilnější než předchozí zmíněné varianty. Především Klient není vázán na nutnost dostavit se fyzicky do vzdálenějších míst a taktéž není vázán časově na konkrétní časový okamžik, kdy se bude procesu zřízení účtu věnovat. Odmyslíme-li si papírování s kopiemi dokladů, může se tato varianta jevit pro mnoho osob jako pohodlná, nejen pro Klienta z našeho příkladu, ale i pro ostatní fyzické osoby.

Pro úplnost je třeba zmínit ještě možnost výkonu identifikace prostřednictvím zprostředkovatele v § 11 odst. 5 Zákona AML (případně též investičním zprostředkovatelem dle § 11 odst. 6). V tomto případě nemusí Klient přijít do fyzického kontaktu s bankou, ale proces sjednání smlouvy je prováděn za součinnosti třetí osoby, která pro banku zprostředkovává uzavření smlouvy, včetně provedení identifikace. Tento proces je též ve významné míře využíván na finančním trhu, neboť umožňuje rozšířit akviziční procesy nových klientů i tam, kde by sama banka v danou chvíli nemohla působit. Zprostředkování identifikace je využitelné nejen pro účely uzavírání smluv u finančních a investičních poradců, ale možnost je využitelná i pro využití služeb kurýrních společností, které pro banky zajišťují doručování a předávání smluvní dokumentace klientům. V případě, že uvedenou možnost kurýrů v dané lokalitě banka nabízí, může se jednat

⁷ Definice pojmu úvěrová instituce viz § 2 odst. 1 písm. a) Zákona AML: jedná se o banku, spořitelni a úvěrní družstvo, instituci elektronických peněz, vydavatele elektronických peněz malého rozsahu.

⁸ Znění zákona záměrně neurčuje směr platby, nicméně nejčastěji bude platba na nový účet zasílána.

pravděpodobně o nejpohodlnější z variant (bez nutnosti zasílat identifikační platbu a prokazovat vlastnictví účtu).

Závěr

Samozřejmě, proces otevření bankovního účtu ve srovnání s jednoduchostí jiných obchodů prováděných prostřednictvím nástrojů dálkové komunikace značně pokulhává. Nicméně budoucnost bankovních produktů musí jít právě tímto směrem. Základ je v samotném fungování produktů na jednoduchém ovládání prostřednictvím internetu a mobilních aplikací, nicméně i samotné zřízení produktu je nutné stále více zjednodušovat. Není pravděpodobné, že bychom se dočkali nějakého zásadního uvolnění pravidel o oblasti praní špinavých peněz, lze však očekávat, že vývoj technologií a požadavky společnosti budou právní úpravou stále více zohledňovány a přispějí tak ke zjednodušení a urychlení zřízení bankovního účtu na dálku.

Literature:

- TVRDÝ, Jiří; BÁRTOVÁ, Adriana. Zákon o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu a předpisy související : komentář. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 2009. 501 s. ISBN 9788074000997.
- Zákon č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/60/ES ze dne 26. října 2005 o předcházení zneužití finančního systému k praní peněz a financování terorismu
- BUCHAR Martin. Regenerace retailového bankovníctví [online]. Změněno 23.3.2011 [cit. 25.4.2011]. Dostupné z: <http://Bankovnictvi.iHNed.cz/c4-10064440-51321730-900000_d-regenerace-retailoveho-bankovnictvi>.

- Stanoviska FAÚ MF ČR k problematice AML a CFT: stav k 19.říjnu 2010 [cit. 25.4.2011]. Dostupné z: http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/reg_stanoviska_fau.html.

Contact – email

eva.sulcova@seznam.cz

VIRTUÁLNÍ EKONOMIKA V KONTEXTU EVROPSKÉ UNIE

MARTIN HÁJÍČEK & LUKÁŠ VESELOVSKÝ, 2011

„Jsou to miliony [lidí], kteří tráví stovky hodin měsíčně v kyberprostoru ve svých alternativních světech – jedním z těchto světů je hra Second Life.“

Lawrence Lessig

Virtuální imaginativní světy v literatuře provází lidstvo po staletí. Ve 20. století kromě vědeckých účelů právě literatura vedla k vytvoření prvních počítačových virtuálních prostředí. Už od 70. let vznikaly první počítačové hry odehrávající se v takovémto prostředí, zpočátku ještě bez grafického rozhraní a bez možnosti zapojení více hráčů po síti. Postupně ale vyvíjejí a kromě grafického prostředí nabízí i možnost hry po síti. Kolem těchto her i nezávisle na nich vznikají sociální komunity, jejíž členové přiznávají hodnotu statkům nehmotné povahy.

V 90. letech dochází k rychlému rozvoji her, nejen mladí lidé tráví hodiny denně u počítačových her, virtuální realita se pro ně stává někdy i stejně důležitá jako realita skutečná. Dochází k ovlivňování skutečné reality realitou virtuální. Online hry se stávají globální záležitostí. V tomto okamžiku máme už v obecné rovině základní problém - uživatelé jsou z celého světa, různého věku, náboženství - právní řády jednotlivých států mají často i protichůdnou úpravu stejné problematiky => virtuální prostředí je tak v nezáviděníhodné situaci, kdy poskytuje služby v celosvětovém měřítku a musí se konfrontovat s nejrozličnějšími právními řády¹ - měla by např. muslimská žena hrající online hru mít možnost mít postavičku, která má zahalený obličej?

Abychom se vrátili k našemu tématu virtuální ekonomiky – milníkem se stal rok 2003 a zveřejnění hry Second Life. Do této doby většina her měla určen základní cíl, kterého má hráč dosáhnout a hodnocení, body, peníze, které hráč ve hře získal, se nijak zásadně neprojevovalo v reálném světě (krom komunity, která tuto hru sama hraje). Second Life přinesl do prostředí her využívajících virtuální prostředí pravidla reálného života a hlavně ekonomiku, která využívá i vlastní měnu konvertibilní s měnami reálnými. Virtuální ekonomika se mohla stát masovou.

¹ ZAPLETAL, P. *Normativní regulace virtuálních světů*. Brno : Masarykova univerzita, 2010.

Úvod do virtuální ekonomiky

Abychom mohli hovořit o virtuální ekonomice, syntetické, musíme upravit prostředí, ve kterém ekonomické vztahy vznikají a to na prostředí virtuální, tzv. kyberprostor. Toto prostředí je nehmotné, je to svět informací, jež umožňuje přenos, ukládání a výměnu dat prostřednictvím systému propojených počítačů. Je to svět existující za obrazovkou počítače, ale není vázán na počítač jako takový.

Jelikož se ve většině virtuálních světů objevují virtuální komodity a virtuální peníze, musí existovat i ekonomické vztahy, které svými zákonitostmi ovlivňují chování subjektu virtuálního světa. Pro ilustraci si představme vzácný amulet, který svému majiteli dodává i na poměry virtuálního světa nepředstavitelnou sílu. Takový amulet by na virtuálním trhu stal dožadista nepřehledné množství brnění, dukátů či jiných virtuálních statků. Majitel takového amuletu je tudíž ve virtuálním světě považován za „bohatého“ i když v reálném světě vlastní tento teenager pouze mobilní telefon a oblečení. Tímto bohatstvím dokáže jeho majitel ve virtuálním světě užití nátlaku a to nejen ekonomického.

„Ekonomika ve virtuálním světě musí naplňovat několik podmínek, aby umožňovala obchod a vlastně se přiblížila běžné ekonomice. Je to především její kontinuita, kdy by software měl zachovávat data o stavu virtuálního světa. Pak je zaručeno, že uživatelé budou věnovat čas, peníze nebo jiné zdroje, aby zde získali zboží či služby. Velice důležitá je podmínka specializace a výměny – uživatelé ve virtuálním světě“² si mohou volně vyměňovat zboží a služby, protože jim to tvůrce virtuálního prostředí umožňuje a dále ve virtuálním světě existují záznamy o vlastnictví, a uživatelé tak mají vlastnická práva a tudíž i právo disponovat s věcí jak uzná za vhodné.

Virtuální ekonomika a Second Life

Již zmiňovaná hra Second Life se stala jedním z hlavních průkopníků virtuální ekonomiky. Od roku 2003, kdy vznikla, nalákala miliony uživatelů, kteří naplňují název hry – "Second Life" - "Druhý život". Hra simuluje skutečný svět, umožňuje svým hráčům téměř cokoliv, co mohou ve skutečném světě. A tak si zde staví domy, obchodují, žijí společenský život. Jako ve skutečném životě mohou dosahovat zisků – ať už ve formě virtuálního majetku nebo virtuálních peněz, tzv. lindenských dolarů (L\$). Tyto hodnoty mohou zůstat ve hře, ale mohou být prodány za reálné

² KERA, D. *Virtuální ekonomiky MMOGs* [citováno 23. dubna 2011]. Dostupný z: www.lupa.cz/clanky/virtualni-ekonomiky-mmogs.

peníze a lindenské dolary mohou být konvertovány na reálné.³ Naopak si také za reálné peníze mohou koupit virtuální majetek i virtuální peníze.

Mnozí hráči v tomto virtuálním světě tráví hodiny denně. A někteří z nich už ve hře vydělali miliony dolarů. Second Life – ekonomické prostředí, v němž dochází k milionovým transakcím jako ve skutečném světě. Daňový ráj, nebo prostor, který je daňovými zákony pokryt?

Virtuální ekonomiky a Evropské unie

Ještě před pár lety by nikoho nenapadlo přemýšlet nad ochranou vlastnického práva k majetku hráče ve virtuálním prostředí a myšlenka zdanění obchodních transakcí v tomto prostředí by se zdála stejně kuriózní jako trestní stíhání hráče pro vraždu virtuálního protihráče. S tím, jak online virtuální hry stále více ovlivňují reálný svět – z osobního i ekonomického hlediska – se ovšem mění i pohled států.

I v rámci Evropské unie došlo k několika zásadním momentům; soustředíme se na základní, kterými jsou 1) ochrana vlastnického práva ve virtuálním prostředí a 2) zdanění finančních transakcí ve virtuálním prostředí.

Ochrana vlastnického práva

Stále více on-line her je postaveno na myšlence kontinuální hry – uživatel zaregistrováním se do hry začíná na nejnižším levelu a teprve v řádu týdnů a měsíců svou postavu či zemi dostává na úroveň těch nejlepších. Dosažená pozice ve hře se stává otázkou prestiže i v reálném životě (o tom svědčí i to, že někteří hráči platí jiným za to, že se o jejich postavu starají v čase, kdy oni sami na to čas nemají). Pokud pak hráči, který věnoval hře hodiny času odcizeny přihlašovací údaje a tím i celá jeho postava, cítí újmu velmi silně, podobně v případě, že je mu poskytovatelem či chybou software smazán profil.

K ochraně vlastnictví toho příliš v moři judikatury Evropské unie není, ale přeci jen existují první vlaštovky, které předznamenávají možnost ochrany virtuálního vlastnictví.

Případ RunScape

Tímto případem je rozsudek holandského soudu Leeuwarden vydaný 21. 10. 2008, č. j. 17/67/6123-07 VEV, který bývá označován jako RunScape. Jednalo se o trestně právní věc, kdy třináctiletý Holanďan hrál hru

³ V České republice už v r. 2008 nabídla společnost Raiffeisenbank svým klientům možnost výměny lindenských dolarů za koruny v bankomatu. *Raiffeisenbank mění koruny na lindeny* [citováno 22. dubna 2011]. Dostupný z: <http://www.virtualczechoslovakia.com/raiffeisenbank-meni-koruny-na-lindeny>.

RunScape. Jeho dva spolužáci mu pod pohružkou násilí ve světě reálném odcizili předměty ve světě virtuálním a připsali si je tak na své uživatelské účty v této hře. „Soud shledal jejich trestní odpovědnost za skutečnou krádež virtuálního zboží a jejich chování kvalifikoval jako trestný čin. Oba pachatele odsoudil k veřejně prospěšným pracím a podmíněnému umístění do kriminálního zařízení pro mladistvé.

Tento rozsudek holandského soudu je ve své argumentaci kvalifikace virtuálních předmětů jako „zboží“ rovnocenného s hmotnými předměty naprosto průlomový. Stanovuje zde několik kritérií, jejichž naplnění je nezbytné pro kvalifikaci virtuálního předmětu jako zboží. Tato kritéria jsou dle soudu tři, a sice hodnota předmětu pro jeho vlastníka, výlučnost efektivní kontroly a převoditelnost držby věci.

Kritérium hodnoty bylo prokázáno jednak skutečností, že se virtuální předměty staly objektem krádeže (tedy musely mít určitou hodnotu pro pachatele), a také faktem, že se s předměty obchoduje, a to jak ve hře za herní měnu, tak i v přes internetové aukce za reálné peníze.

Kritérium výlučnosti efektivní kontroly nad předmětem bylo naplněno, jelikož jeden virtuální předmět může být v témže čase přítomen pouze na jednom uživatelském účtu, a pouze vlastník tohoto účtu má možnost vykonávat nad věcí efektivní kontrolu – tedy realizovat např. ius possidendi, utendi, fructuendi, atd. Pokud je věc převedena na jiný uživatelský účet, dosavadní držitel kontrolu ztrácí a nabývá ji držitel nový. Tím je také naplněno třetí kritérium – virtuální předměty lze převádět mezi osobami. Naplněním těchto kritérií splňují dle holandského soudu virtuální předměty podmínky pro zařazení do kategorie „zboží“.

Zásadním momentem tohoto rozsudku je především věta, že nehmotnost virtuálních statků není překážkou uznat je za „zboží“, čímž byly předměty virtuální fakticky postaveny na stejnou úroveň, jako předměty hmotné.“⁴

Obecně problematika zdanění virtuální ekonomiky

Virtuální ekonomiky jako takové vlastní daňové systémy nemají.⁵ Ale možná se blíží doba, kdy můžeme s nadsázkou říci, že budou postavičky, avataři, platit zdravotní a sociální pojištění.

Položme si základní otázku. Proč by měli mít státy zájem na zdanění virtuální ekonomiky, když vlastně hmatatelně neexistuje a má svůj vnitřní ekonomický systém, který je oddělen od reálného světa? Ono totiž to

⁴ MACH, P. *Virtuální vlastnictví*. Brno : Masarykova univerzita, 2009.

⁵ I když i ve hře Second Life existují ekvivalenty daní z nemovitostí – hráči platí provozovateli podle velikosti majetku, poplatky.

oddělení virtuálního a reálného světa není úplně pravdivé. Je totiž možné určitými způsoby doplňovat virtuální statky skrz statky reálné.

Je možné, si kupříkladu doplnit virtuální statky ve virtuální realitě u provozovatele virtuálního světa. Provozovateli virtuálního světa zaplatíme v reálných penězích a on posléze na uživatelský účet připíše hodnotu virtuálního statku určeného za reálné peníze. Také je možné si najmout v tomto reálném světě člověka, který nám bude ve světě virtuálním vylepšovat našeho avatara, když nebudeme moci tuto činnost vykonávat sami. Za tuto službu si náš „pomocník“ naučtuje reálné peníze, atd.

Určitým subjektům tak vznikají příjmy a výdaje i ve světě reálném a to je důvod, proč se vlády zajímají o možnost zdanění virtuálních ekonomik a tím zdanit i reálné příjmy uživatelů (tvůrců) virtuálního světa, případně zdanit transfery mezi virtuálními a reálnými penězi.

Dalším a ne posledním důvodem může být snaha států legalizovat jisté okruhy příjmů z činností, které jsou žádoucí a proto také legální. Těžko může mít zákonodárce ve fungující společnosti zájem na příjmech, které pocházejí z nechtěné (nelegální) činnosti, jako by byla „daň z loupežných přepadení“ nebo „daň z prodaných drog“. Tyto příjmy jsou pro společnost nežádoucí, a proto je zákonodárce zahrnul do okruhu nelegálního.

Virtuální ekonomiky a jejich zdanění státy Evropské unie

Myšlenka zdanění obchodních transakcí v online hrách se ještě před pár lety zdála stejně absurdní jako trestní stíhání za vraždu postavičky jiného hráče. Hráčům je v Second Life umožněno, aby si od provozovatele koupili prémiové účty, pozemky, budovy a jiné hodnoty, z těchto zisků Linden Lab platila daň z příjmu. Proto přišel v roce 2007 pro mnohé hráče šok v podobě daně z přidané hodnoty z plateb placených provozovateli Second Life za různé služby. Evropská unie na základě směrnice 2002/38/ES začala na tyto transakce, jejichž stranami jsou residenty EU na straně jedné a společnost Linden Lab na straně druhé, uvalovat daň z přidané hodnoty (VAT – value added tax).⁶

Pro hráče z Evropské unie to znamená až o 25 %⁷ ceny než pro hráče z nečlenských zemí, čímž jsou pak evropští hráči při dalším obchodování znevýhodněni.

Pojďme se podívat, jakým transakcím může při hře Second Life (a podobných online hrách s vlastní ekonomikou) docházet a které z nich

⁶Value added tax [citováno 22. dubna 2011]. Dostupný z: <http://secondlife.com/corporate/vat.php>.

⁷ Výši DPH si členské státy EU upravují samy.

podléhají, případně by mohli podléhat zdanění (ať už přímému nebo nepřímému).

Při transakcích mezi hráčem (z Evropské unie) a provozovatelem mohou nastat dvě situace, v případě že jsou uskutečňovány pomocí reálných peněz⁸, jsou tyto transakce na základě směrnice č. 2002/38/ES zatížena daní z přidané hodnoty.⁹ Naopak v případě, že hráč platí provozovateli virtuální měnou, transakce dani nepodléhají.

Co se týče transakcí mezi uživateli, směna virtuálních i reálných peněz za virtuální statky dani nepodléhá, směna virtuálních peněz za reálné statky mohou podléhat daním z převodu dle právních řádů jednotlivých států.

Konverze reálných peněz na virtuální a vice versa, zdanění nepodléhají.

Pokud hráč ve hře vydělané virtuální peníze ze hry nevyvádí – např. zisk z prodeje virtuální budovy ve formě virtuální měny – tento zisk zdaněn není, chybí jakákoliv provázanost na reálný svět.

Dan z příjmu fyzických a právnických osob

„Pro úpravu přímých daní tak obecně stále platí, že je ponechána na vůli členských zemí. Spolupráce je vyžadována pouze v případech, kdy je třeba zajistit uplatňování čtyř svobod a odstranění daňových překážek pro přeshraniční činnosti, a též v oblastech zamezení dvojího zdanění, neúmyslného nezdanění, při potírání daňových úniků či snížení nákladů spojených s tím, že subjekt podléhá více než jednomu daňovému systému.“¹⁰

Je to způsobeno tím, že úprava přímých daní, kam spadá i dan z příjmu, je vnitřně velmi odlišná v každém členském státě. Různé jsou způsoby určení základu daně, lhůty pro vyměření, formy zdanění, či různé korekce. Největším problémem harmonizace přímých daní však je neochota států přistoupit na jednotící úpravu směřovanou z Evropské unie, která je brána ze strany členských států jako zásah do jejich autonomie. Proto se zde státy nejsou schopny dohodnout na směrnici, která vyžaduje jednomyslnost pro úpravu této oblasti.

Závěr

Ať už máme k virtuálním prostředím vztah jakýkoliv, stává se sociologickou i ekonomickou realitou, kterou musíme brát v potaz. Dá se

⁸ Hráč zaplatí společnosti Linden Lab v reálné měně např. za virtuální pozemek.

⁹ Tyto transakce jsou vnímány jako elektronické obchody.

¹⁰ ONDROVÁ, K. *Přímé zdanění v České republice po vstupu do Evropské unie*, 2010, Brno : Masarykova univerzita, str. 26.

předpokládat, že využívání této platformy bude i nadále nabývat na významu podobně jako různé sociální sítě. Z toho do budoucna vyplývá nutnost preciznější úpravy ochrany soukromých údajů uživatelů, virtuálního vlastnictví, kontroly finančních transakcí a jejich zdanění, ale také zabezpečení ochrany hospodářské soutěže, ochrany osob zaměstnaných přes společnosti existující ve virtuálním prostředí,¹¹ či ochranu osobnosti.

Kromě Evropské unie zaujaly další světové ekonomiky zdrženlivý a vyčkávací postoj, ale lze očekávat, že s rostoucím objemem finančních transakcí, které ve virtuálních ekonomikách budou probíhat, i tyto státy ke zdanění přistoupí.

Zdroje

KERA, D. Virtuální ekonomiky MMOGs [citováno 23. dubna 2011]. Dostupný z: <http://www.lupa.cz/clanky/virtualni-ekonomiky-mmogs>.

MACH, P. Virtuální vlastnictví. Brno : Masarykova univerzita, 2009.

ONDROVÁ, K. Přímé zdanění v České republice po vstupu do Evropské unie. Brno : Masarykova univerzita, 2010, str. 26.

ZAPLETAL, P. Normativní regulace virtuálních světů. Brno : Masarykova univerzita, 2010.

Raiffeisenbank mění koruny na lindený [citováno 22. dubna 2011]. Dostupný z: <http://www.virtualczechoslovakia.com/raiffeisenbank-meni-koruny-na-lindený>.

Value added tax [citováno 22. dubna 2011]. Dostupný z: <http://secondlife.com/corporate/vat.php>.

¹¹ např. minimální mzda

ELEKTRONICZNA PLATFORMA USŁUG ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

KATARZYNA KARDASZ, KAROLINA ZAPOLSKA

University of Bialystok, Faculty of Law, Poland

Abstract in original language

Celem niniejszej publikacji jest przedstawienie Elektronicznej Platformy Usług Administracji Publicznej (ePUAP). W pracy mamy zamiar przedstawić, w jaki sposób ten spójny program działań pozwala na skrócenie czasu i obniżenie kosztów udostępniania zasobów informacyjnych administracji publicznej.

Key words in original language

Elektroniczna Platforma Usług Administracji Publicznej (ePUAP), administracja publiczna, informacja.

Abstract

The purpose of this article is to present the Electronic Platform of Public Administration Services (ePUAP). In our paper we're going to present how this systematic action program allows to reduce time and lower the costs of sharing information resources of public administration.

Key words

Electronic Platform of Public Administration Services (ePUAP), public administration, information.

1. GENEZA POWSTANIA ELEKTRONICZNEJ PLATFORMY USŁUG ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

E – administracja to wykorzystywanie przez administrację publiczną możliwości jakie niosą za sobą technologie informatyczne i komunikacyjne w celu udoskonalenia i poprawienia jej działań. Dynamiczne wdrażanie innowacyjnych technologii informatycznych w administracji publicznej niesie za sobą konieczność modyfikacji jej budowy i reorganizacji funkcjonowania.¹ Jurydyzacja zagadnień informacyjnych jest istotnym elementem unormowania i uporządkowania relacji społecznych związanych z rozpowszechnianiem, przekazywaniem i przetwarzaniem informacji oraz adaptacją do nowych warunków rzeczywistości.²

¹ A. Monarcha–Matlak Aleksandra, Obowiązki administracji w komunikacji elektronicznej, Oficyna 2008, LEX nr 87951

² C. Martysz, G. Szpor, K. Wojsyk, Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz, ABC 2007, LEX.

Podstawę uprawnienia do „pozyskiwania i rozpowszechniania informacji” oraz „prawa do uzyskiwania informacji od władz publicznych oraz osób pełniących funkcje publiczne” stanowią art. 54 i art. 61 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.³ Zgodnie z art. 61 ust. 2 prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegiałnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów. W ramach tej prerogatyw znajduje się również uprawnienie do pozyskiwania informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego oraz innych osób i jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa.

Proces wprowadzanie w życie koncepcji społeczeństwa informacyjnego w Polsce zapoczątkowała Uchwała Sejmu z 14 lipca 2000 r. w sprawie budowania podstaw społeczeństwa informacyjnego w Polsce.⁴ Na jej podstawie Sejm zobowiązał Radę Ministrów do podjęcia działań sprzyjających rozwojowi społeczeństwa informacyjnego. Kolejnym krokiem stało się przyjęcie przez rząd w 2000 r. dokumentu programowego pt. „Cele i kierunki rozwoju społeczeństwa informacyjnego w Polsce” i w następnym roku strategii „e – Polska – Plan działań na rzecz rozwoju społeczeństwa informacyjnego w Polsce na lata 2001-2006”, opracowanej przez Ministerstwo Gospodarki.

Podstawowe zasady i podstawy idei elektronicznej administracji publicznej zostały określone pod koniec 2002 roku w strategii „Wrota Polski”. Wrota Polski, jako zintegrowany system informatyczny, za swój podstawowy cel obrały „zwiększenie o 10 procent rzeczywistej, a o 40 procent – potencjalnej efektywności administracji publicznej, związanej ze świadczeniem usług publicznych oraz z realizacją innych zadań publicznych przy jednoczesnym polepszeniu przejrzystości pracy administracji (tzn. obiektywnego i bieżącego wglądu w jej funkcjonowanie) i elastyczności (tzn. zdolności szybkiego dostosowania funkcjonowania do zmian prawa i potrzeb obywateli)”.⁵ Wraz z upływem czasu idea ta została zmieniona w koherentny zespół działań, dążący do wprowadzenia w życie założeń elektronicznej administracji publicznej. W 2005 r. wystosowano projekt Elektronicznej Platformy Usług Administracji Publicznej i zdecydowano się na jego finansowanie w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego „Wzrost konkurencyjności przedsiębiorstw” (w skrócie SPO-WKP).

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483).

⁴ M.P. 2000 nr 22 poz. 448.

⁵ Wrota. Wstępna koncepcja projektu. Komitet Badań Naukowych, 2002 r., źródło: http://www.epractice.eu/files/media/media_336.pdf, z dnia 10 kwietnia 2011 r., s. 6.

Konkretyzacją konstytucyjnego prawa i powyższej koncepcji stała się ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. Nr 64, poz. 565). Ustawa o informatyzacji, mimo stosunkowo krótkiego czasu obowiązywania była nowelizowana już trzykrotnie – ustawą z dnia 16 grudnia 2005 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2006 r. Nr 12, poz. 65), na mocy której zmieniono art. 17, 53, 56 i 63, następnie ustawą z dnia 10 marca 2006 r. o zmianie ustawy o wydawaniu Monitora Sądowego i Gospodarczego oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 73, poz. 501), która zmodyfikowała art. 42 pkt. 1, 4 i 7 oraz ustawą z dnia 12 lutego 2010 roku o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2010 nr 40 poz. 230).

We wspomnianej ustawie, w odniesieniu do poruszanej tematyki, najistotniejszy jest art. 19a, który stanowi, iż osobą właściwą do zapewnienia funkcjonowania ePUAP jest Minister właściwy do spraw Informatyzacji. W dalszej części tego przepisu czytamy, iż Minister właściwy ds. Informatyzacji pełni funkcję administratora danych użytkowników ePUAP (w rozumieniu przepisów Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych).⁶ Dodatkowo Minister był zobowiązany do określenia w drodze rozporządzenia, zakresu i warunków korzystania z ePUAP.⁷ Obowiązek ten winien był wypełnić z uwzględnieniem roli ePUAP w procesie realizacji zadań publicznych drogą elektroniczną oraz zasad przetwarzania i ochrony danych osobowych. Rozporządzenie określiło m.in. sposób zakładania konta na ePUAP oraz prowadzenia katalogu usług na ePUAP a także warunki wymiany informacji między ePUAP a innymi systemami teleinformatycznymi.

Kolejnym ważnym zagadnieniem, uregulowanym w Ustawie, jest sposób ustanawiania Planów Informatyzacji Państwa, będących środkiem harmonizacji informatyzacji działalności podmiotów publicznych, w ramach wykonywania przez nie zadań publicznych. Organem upoważnionym do wydawania Planów, w drodze rozporządzenia, jest Rada Ministrów, działająca na wniosek Ministra właściwego ds. informatyzacji.⁸ Opinie w sprawie projektów Planów wydaje Rada Informatyzacji (działająca przy Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji). Dotychczas zostały

⁶ Dz. U. 1997 nr 133 poz. 883.

⁷ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 kwietnia 2011 r. w sprawie zakresu warunków korzystania z elektronicznej platformy usług administracji publicznej (Dz. U. 2011 nr 93 poz. 546).

⁸ Metodę i zasady ustanawiania planu określa Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. 2005 nr 64 poz. 565).

ustanowione dwa plany: na lata 2006⁹ i 2007 – 2010¹⁰, które wśród podstawowych celów wymieniają m.in.:

- aktualizację systemów teleinformatycznych,
- zapewnienie ujednolicenia i jednolitości procesu informatyzacji administracji publicznej,
- wspieranie rozwoju nauki i badań w zakresie technologii informacyjnych
- zapewnienie bezpieczeństwa i harmonii systemów teleinformatycznych, przeznaczonych do realizacji zadań publicznych,
- ewolucja społeczeństwa informacyjnego poprzez zwiększenie poziomu wiedzy obywateli o możliwościach jakie niesie za sobą e – administracja oraz przez wzrost poziomu zaufania społecznego do e – usług,
- przygotowanie gruntu do współpracy w zakresie informatyzacji w ujęciu międzynarodowym.

Plan Informatyzacji Państwa (PIP) obejmuje ponadto wykaz zadań publicznych realizowanych za pomocą drogi elektronicznej oraz precyzuje podstawy rozwoju systemów teleinformatycznych. W PIP zdecydowano, iż projekt ePUAP zostanie zrealizowany w dwóch etapach, w ramach których wyodrębniono ePUAP obejmujący lata 2006-2008 oraz projekt ePUAP2, wdrażany w latach 2008-2013.

2. CELE, FUNKCJE I REALIZACJA EPUAP

W myśl Ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne ePUAP to system teleinformatyczny za pomocą którego organy administracji publicznej udostępniają usługi przez pojedynczy punkt dostępowy umieszczony na odpowiedniej stronie w Internecie. Podstawowym założeniem projektu ePUAP jest zintegrowanie wszystkich rejestrów publicznych w ramach jednej platformy, której zadaniem byłoby wspieranie większości oferowanych przez organy publiczne tzw. e – usług. E – usługi to świadczone drogą elektroniczną usługi publiczne, przez które należy rozumieć „usługi świadczone przez organy administracji publicznej na rzecz obywateli oraz organizacji, a także inne formy komunikacji pomiędzy organami administracji publicznej a obywatelami i organizacjami, służące

⁹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 1 sierpnia 2006 r. w sprawie Planu Informatyzacji Państwa na rok 2006 (Dz. U. 2006 nr 147 poz. 1064).

¹⁰ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 marca 2007 r. w sprawie Planu Informatyzacji Państwa na lata 2007-2010 (Dz. U. 2007 nr 61 poz. 415).

realizacji zadań administracji publicznej lub wywiązywaniu się obywateli i organizacji z obowiązków wobec państwa”¹¹. Prawo UE uważa je za rodzaj usługi społeczeństwa informacyjnego, której definicja znajduje się w art. 1 pkt. 2 Dyrektywy 98/34/WE zmienionej Dyrektywą 98/48/WE. Zgodnie z tym przepisem, pod tym pojęciem kryje się usługa wykonywana za wynagrodzeniem (ma więc charakter odpłatny), świadczona na odległość drogą elektroniczną (czyli przy wykorzystaniu elektronicznego przetwarzania i gromadzenia danych), na indywidualne zamówienie odbiorcy usługi.¹²

Poprzez wprowadzenie ePUAP dąży się do opracowania i wprowadzenia pełnej oraz całkowicie bezpiecznej elektronicznej platformy umożliwiającej rozpowszechnianie usług publicznych przez administrację publiczną dla społeczeństwa (zwłaszcza przedsiębiorstw i obywateli). Rola ePUAP zasadniczo sprowadza się do realizacji trzech zadań, po pierwsze stanowienia wspólnej infrastruktury ułatwiającej udostępnienie i świadczenie usług publicznych drogą elektroniczną. Następnie zgromadzenie w jednym miejscu wszystkich niezbędnych wzorów dokumentów i formularzy udostępnianych przez instytucje publiczne. Ponadto misją platformy jest wspomaganie budowania oraz istnienia ram i instrumentów interoperacyjności.

Wachlarz oferowanych w ramach ePUAP usług jest w ścisłej mierze uzależniony od współpracy organów administracji publicznej. W literaturze podkreśla się iż budowa i założenia ePUAP w naturalny sposób w doprowadzą do współpracy organów w wyniku swoistej centralizacji usług.¹³ Usługi dostępne w ramach ePUAP można podzielić przede wszystkim na:

- usługi komunikacyjne m.in. elektroniczna skrzynka podawcza (umożliwiająca wymianę elektronicznych pism o znaczeniu urzędowym wraz z mechanizmem poświadczanego odbioru) itd.,
- usługi koordynacyjne – które wykorzystuje się przy tworzeniu i następnie udostępnianiu złożonych usług,
- usługi bezpieczeństwa (stanowiące integralną część pozostałych usług) do których należą m.in. mechanizmy identyfikujące i

¹¹ M. Luterek, *Wrota Polski -wrota do urzędu?*, Przegląd Biblioteczny 2005 nr 2, s.201-203.

¹² I. Wróbel, *Pojęcie usługi społeczeństwa informacyjnego w prawie wspólnotowym*, e-biuletyn 4/2007, s. 3.

¹³ T. Filipowicz, *Usługi administracji samorządowej dla obywateli przez Internet w kontekście nowelizacji ustawy o informatyzacji, Kodeksu postępowania administracyjnego, oraz ustawy o podpisie elektronicznym – demokracja na poziomie lokalnym*, 2009, s. 6.

uwierzytelniające użytkowników, serwisy autoryzacji, a także serwisy obsługujące podpis cyfrowy,

- usługi front – end (usługi przetwarzania/gromadzenia dokumentów)
- umożliwiają one m.in. dostęp do wszystkich dokumentów zgromadzonych na ePUAP, gromadzenie

i zarządzania zasobami dokumentów oraz tworzenie, edycję, wizualizację, podpisywanie elektronicznych dokumentów itd.,

- usługi wsparcia płatności¹⁴.

Dodatkowo na stronie poświęconej ePUAP obywatele i przedsiębiorcy mają udostępniony katalog usług, który umożliwia odnalezienie potrzebnej usługi zarówno na platformie jak i poza nią. Przykładowo w ramach ePUAP obywatel może uzyskać m.in. wpis do Ewidencji Działalności Gospodarczej (od 1 lipca zastąpionej przez CEIDG), wydanie zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek oraz zaświadczenia o zgłoszeniu do ubezpieczenia zdrowotnego, a także złożyć wniosek o dane pojazdu czy o dane kierowcy itd.

Warto zaznaczyć iż ustawa z dnia 12 lutego 2010 roku o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw¹⁵ z dniem 17 czerwca 2010 zobowiązuje każdy podmiot świadczący usługi publiczne do dopuszczenia możliwości wnoszenia przez interesantów ich wniosków w formie dokumentów elektronicznych przy wykorzystaniu elektronicznej skrzynki podawczej podmiotu realizującego zadania publiczne, założonej i wyposażonej w zestandaryzowane formularze elektroniczne na ePUAP zgodnie z Centralnym Repozytorium Wzorów Dokumentów (funkcjonującego przy MSWiA).¹⁶ Postanowienie to zdecydowanie przyczyni się do zwiększenia wykorzystania ePUAP.

Chcąc zapewnić skuteczne świadczenie usług przez organy administracji publicznej w ramach ePUAP udostępniono szereg funkcji wśród których można wymienić m.in.: uprawnienie do tworzenia i obsługi dokumentów elektronicznych, możliwość przysyłania dokumentów elektronicznych czy też wymianę danych między ePUAP a innymi systemami teleinformatycznymi. Nowością jest wprowadzenie i potwierdzanie profilu zaufanego ePUAP.

¹⁴ Źródło: <http://eadministracja.pl/forum-kobiet/projekt-epuap>, z dnia 10 kwietnia 2011 r.

¹⁵ Dz. U. 2010 nr 40 poz. 230.

¹⁶ Powstało na mocy Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 listopada 2006 r. w sprawie sporządzania i doręczania pism w formie dokumentów elektronicznych (Dz. U. 2006 nr 227 poz. 1664).

Należy zaznaczyć, iż dane przetwarzane za pomocą ePUAP pozostają własnością podmiotów je udostępniających. Tym samym ePUAP nie ponosi odpowiedzialności za jakość, zupełność oraz prawdziwość zamieszczonych na platformie danych.¹⁷ Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji jako administrator danych ePUAP jest zobowiązany do zapewnienia ich bezpieczeństwa podczas przetwarzania i przechowywania na platformie. Zapewniona jest poufność i integralność udostępnianych informacji. Podmioty korzystające z usług ePUAP mają zagwarantowane prawo wglądu i kontroli własnych danych a także prawo żądania ich aktualizacji.¹⁸ W ramach ePUAP dane osobowe są udostępniane jedynie dla celów związanych z realizacją usług administracji publicznej. Dostęp do informacji zamieszczonych na platformie jest umożliwiony wyłącznie ich właścicielowi oraz upoważnionym przez niego podmiotom.¹⁹

3. KORZYŚCI WYNIKAJĄCE Z FUNKCJONOWANIA EPUAP

Wprowadzenie ePUAP niesie za sobą wiele wymiernych korzyści. Zdecydowanie wśród jego zalet należy wymienić umożliwienie organom administracji publicznej warunków pozwalających na udostępnianie usług publicznych obywatelom a w konsekwencji skuteczną realizację ich misji i zadań. Dodatkowo rozwój współpracy między organami będzie w przyszłości skutkował stworzenia zintegrowanych i złożonych usług.

Platforma pomaga w osiągnięciu znacznej oszczędności środków finansowych (np. przez zmniejszenie kosztów związanych z bieżącym funkcjonowaniem firmy lub kosztów udostępniania zasobów informacyjnych).²⁰ Odejście od tradycyjnych form kontaktów na płaszczyźnie obywatel – instytucja publiczna i zastąpienie ich platformą elektroniczną skutkuje oszczędnością czasu oraz zwiększeniem produktywności (czas który zostałby poświęcony na wizyty w kolejnych urzędach może być przeznaczony np. na rozwój własnej działalności gospodarczej).

Popularyzowanie ePUAP a co za tym idzie upowszechnianie korzystania z platformy kanałów pomaga w zwiększeniu automatyzacji świadczenia usług

¹⁷<http://www.bialystok.uw.gov.pl/NR/rdonlyres/B813FAC3-EC5C-474A-A297-FAF89DA349A4/0/ePUAPwspolpracainstytucjipublicznych.pdf> z dnia 10 kwietnia 2011 r.

¹⁸ Jest to zapewnione na mocy art. 32 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r., Nr 101, poz. 926, z późn. zm.).

¹⁹[http://epuap.gov.pl/wps/portal/!ut/p/c1/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3gTcy8fU09LYwP_YHNHA08jE2N3C38TIwMjE6B8pFm8m7NHULC3u6GBhaOTq4FnsFGwS7Chs4G7sRkB3eEg-3CrCDaHyOMzHyRvgAM4Guj7eeTnpuoX5EYYZAakKwIAgxTVng!!/dl2/d1/L2dJQSEvUUt3QS9ZQnB3LzZfRkNIUINLRzEwOEFcRTBJUzJTRFMxQzA4ODA/](http://epuap.gov.pl/wps/portal/!ut/p/c1/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3gTcy8fU09LYwP_YHNHA08jE2N3C38TIwMjE6B8pFm8m7NHULC3u6GBhaOTq4FnsFGwS7Chs4G7sRkB3eEg-3CrCDaHyOMzHyRvgAM4Guj7eeTnpuoX5EYYZAakKwIAgxTVng!!/dl2/d1/L2dJQSEvUUt3QS9ZQnB3LzZfRkNIUINLRzEwOEFcRTBJUzJTRFMxQzA4ODA!/) z dnia 10 kwietnia 2011 r.

²⁰ T. Filipowicz, Usługi administracji samorządowej ..., s. 6.

publicznych, co w dalszej perspektywie przyczynia się do zwiększenia efektywności gospodarowania czasem pracy (zarówno usługodawców jak i usługobiorców).

Dostępność platformy przez całą dobę siedem dni w tygodniu niezależnie od np. świąt lub pory dnia przyczynia się do wzrostu elastyczności usługi zarówno pod względem czasu jak i miejsca (obywatele mogą załatwiać większość spraw urzędowych w dogodnym dla siebie czasie i miejscu np. w domu lub biurze). Niezwykle istotna jest również przejrzystość, łatwość dostępu do usług i niezbędnych wzorów dokumentów oraz zapewnienie bezpieczeństwa danych zamieszczanych na platformie. Bardzo użyteczną z perspektywy społeczeństwa funkcją ePUAP jest wstępna weryfikacja przesyłanych przez podmioty dokumentów. Umożliwia to wyłapanie błędów i zmniejszenie ilości pomyłek w udostępnianych na platformie danych.²¹

4. WNIOSKI

Obecnie coraz wyraźniejszym kryterium rozwoju kraju staje się stopień informatyzacji społeczeństw i życia publicznego. E - administracja przestaje być jedynie ciekawą formą realizacji zadań publicznych a staje się koniecznością. ePUAP czyli Elektroniczna Platforma Usług Administracji Publicznej stanowi próbę zwiększenia dostępności usług publicznych świadczonych drogą elektroniczną. Dalszy rozwój platformy wymaga systematycznego zwiększenia liczby instytucji nim objętym i rozbudowy katalogu dostępnych usług. Skuteczna wymiana danych wymusza rozbudowę i rozwój odpowiedniej infrastruktury technologicznej. Koniecznością staje się też zwielokrotnienie dotychczasowej stopy absorpcji elektronicznych kanałów dostępu do usług oferowanych w ramach ePUAP. Tylko ciągła aktualizacja

i unowocześnianie oprogramowania platformy zapewni wypełnianie przez nią zadań do jakich została powołana.

Literature:

- M. Luterek, Wrota Polski -wrota do urzędu?, Przegląd Biblioteczny 2005 nr 2.
- I. Wróbel, Pojęcie usługi społeczeństwa informacyjnego w prawie wspólnotowym, e-biuletyn 4/2007.

²¹http://www.epuap.mswia.gov.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=50&Itemid=43, z dnia 10 kwietnia 2011 r.

- T. Filipowicz, Usługi administracji samorządowej dla obywateli przez Internet w kontekście nowelizacji ustawy o informatyzacji, Kodeksu postępowania administracyjnego, oraz ustawy o podpisie elektronicznym – demokracja na poziomie lokalnym, www.witrynawiejska.org.pl/images/23647_uslugi_administracji_samorzadowej.pdf.
- A. Monarcha – Matlak Aleksandra, Obowiązki administracji w komunikacji elektronicznej, Oficyna 2008.
- C. Martysz, G. Szpor, K. Wojsyk, Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz, ABC, 2007.

Contact – email

karolina.zapolska@gmail.com

kasia-kardasz@wp.pl

IS INTERNET AN EMBRYO OF A NEW LEGAL CULTURE?

ONDŘEJ ANTOŠ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

May internet be a new developing legal culture? This article is focused on basic principles defining legal cultures and is established on the work of a media theorist Marshall McLuhan, who's considered to be one of the most influential media theorist ever. In my article, legal culture as a social phenomenon is explored through three main aspects. Those are economic, social and religious. All three aspects are separately critically analyzed through the work of distinguished comparative lawyers Hein Kötz and Konrad Zweigert.

Key words in original language

Internet, legal culture, Marshall McLuhan, media, substance.

Abstract

May internet be a new developing legal culture? This article is focused on basic principles defining legal cultures and is established on the work of a media theorist Marshall McLuhan, who's considered to be one of the most influential media theorist ever. In my article, legal culture as a social phenomenon is explored through three main aspects. Those are economic, social and religious. All three aspects are separately critically analyzed through the work of distinguished comparative lawyers Hein Kötz and Konrad Zweigert.

Key words

Internet, legal culture, Marshall McLuhan, media, substance.

“But often the comparatist must go beyond the purely legal devices, for he finds that the function performed in his own system by a rule of law is performed in a foreign system not by a legal rule at all, but an extralegal phenomenon.”¹

¹ Kötz, H., Zweigert, K., 1998, An Introduction to Comparative Law, Third Edition, Oxford UP, Oxford. P. 63.

1. Introduction

Internet in its various forms like websites, apps, readers, hypertext and ebooks is getting more and more involved in our daily operations. The complexity of services and transactions which are possible to conduct through internet as a single medium is unprecedented in the history of human kind. On the other hand, internet rises more questions than it answers. Are there new standards of human behaviour developing on the internet? Are there never-before-seen economic opportunities? Does the religion changes itself through the internet? May there be a such thing as a belief in the internet itself?

I intend to examine these questions in this paper. This article should be understood as a quick introduction to a very complicated field of study and, under no circumstances, should it be taken as a thorough examination of all socio-legal aspects of internet.

2. Marshall McLuhan and the media

When talking about internet as a medium, we ought to try to define it's basis. Since one of my great sources of inspiration for this article is the work of a Canadian media theorist Marshall McLuhan, I am going to work with a very wide definition of media. McLuhan understands that medium as anything which somehow enhances human senses and capabilities.² For example, simple wheel should be viewed as a medium, because it enables

² McLuhan, M. 2000, *Člověk, média a elektronická kultura: výbor z díla*, Jota, Brno. P. 415.

human beings to achieve tasks which he wouldn't be able to do without it, or at least not on such a vast scale.

Crucial idea in McLuhan's work is the distinction between "*hot*" and "*cool*" media. McLuhan created a distinction to differentiate between media that need a lot of participation from the user and those which do not.³

Hot media require a very low amount of participation. Because of the nature of hot media, they supply the user with a "*high definition image*" which does not leave much space for the user to fill in the gaps. That is because the gaps are very small or the information is presented in a way which does not display gaps in presented information to the final user. Hot media are always taking advantage of a single human sense. As an obvious example, book is focused just on sight or radio is focused on hearing. McLuhan believes that hot media, especially books, enabled by the invention of letterpress printing by Johannes Guttenberg in about 1440 AD created western civilization as we know it. McLuhan calls the western civilization a visual culture because of the dominance of human sight.⁴

On contrary, "*cool*" media allow the user to fill in the information which are presented, because they are "*low definition*" and therefore leave the user with a considerable amount of space to be filled in. McLuhan understands television as a cool medium, he refers to the invention of television as a start of a new era of approach to information. Inevitably, McLuhan made some predictions which are today seen as preposterous, but he was correct in

³ McLuhan, M. 2000, Člověk, média a elektronická kultura: výběr z díla, Jota, Brno. P. 415.

⁴ McLuhan, M. 2000, Člověk, média a elektronická kultura: výběr z díla, Jota, Brno. P. 415.

predicting that we have a different approach to information than we had before the television became widespread. In the days before television came, people were used to gather information only from hot media. During the spread of television, people had to find a balance between different approaches to hot and cool media. The idea of adopting different approaches to different media is even more obvious in the case of internet. Today's internet environment incorporates many media at the same time. A nice example are news websites which usually supply the user with a written text (using hypertext), video, audio podcast (reminiscence of radio) and sometimes some form of interactive layer as well. All media involved must be approached differently by the user to achieve maximum understanding of the information.

2. The Substance

One of the key ideas of this work is the concept of substance,⁵ which is the element legal cultures or families are based upon. Substance is essentially a circle of common values which the legitimacy of a legal culture or legal family is derived from.⁶ This means that there has to be a set of common values – a substance – to justify internet as a new legal culture. Those values are discussed further in the article.

⁵ Kötz, H., Zweigert, K., 1998, *An Introduction to Comparative Law*, Third Edition, Oxford UP, Oxford. P. 63.

⁶ Kötz, H., Zweigert, K., 1998, *An Introduction to Comparative Law*, Third Edition, Oxford UP, Oxford. P. 63.

3. Internet Culture Test – 3 main components

In the research of various legal cultures I have decided to create a simple test which would allow me to specify the key features of a possible new legal culture.

Since all the legal cultures I have examined are defined by three major substances: social, religious and economic, the test is based on those substances. Basic criteria is whether the usage of internet-based services in the three substance circles is substantially different compared to the ones in the “*real world*”. I admit that this simple distinction of three basic components may be too general and that some institutes or interactions will be very difficult to add to any particular of those three categories. However, I believe it to be sufficient for the purposes of this short article. Considering the fact that the term “*social*” is very wide, I am using it in this work in the following meaning: “*fashion of human interaction leaving out purely economic or religious aspects*”.

The result must be based on the degree of difference to the “*real world*” behaviour. In other words, particular intensity of difference to the existing standards of behaviour is to be very strong to prove a possible existence of a new legal culture. Such result would render existing legal norms across world’s jurisdictions obsolete for the internet environment.

The state of being obsolete may also mean some definitions and understanding of legal institutes are so different to the “*real world*” that even if the rules could be applied to such behaviour, the law formally and materially does not acknowledge those objects in legal sense. This could very possibly be the case of “*virtual ownership*” which is examined later in the article.

Religious component seems to be simple to be met. The religious component is included in my test mostly for the purpose of synthesis with the other two components. Religion plays a very important role and partially determines the legal culture itself. I believe every legal culture must recognize the idea of a human belief as something immaterial. Legal culture must be able to work with such a concept and must acknowledge it. The basis for existing religions in cyberspace is for it to be transmitted through it. However, there could be another point of view on this matter, which is the idea of believing in the internet as entity. This will be examined in a separate article.

The last of the test components is the economic value and economic possibilities to offer. This criteria are difficult to be defined precisely, mostly because it varies from country to country. For example, in technology friendly countries like the USA, Japan or the United Kingdom, economic strength of the internet is significant and is on the rise even during the world's economic slowdown. Recently, a study showed that just the online business alone is worth around 100 billion Pounds a year in the UK alone. That is around 7 % of annual GDP of Great Britain.⁷ This number may look insignificant compared to the fact that almost 50% of the UK tax income is generated by the banks and other financial institutions from London's City district, but we have to consider that a lot of this trade is

⁷ Simon, E. (2010). *Does hi-tech mean high returns for investors?*. Available: [http://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/investing/8112252/Does-hi-tech-mean-highreturns-](http://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/investing/8112252/Does-hi-tech-mean-highreturns-for-investors.html)

[for-investors.html](http://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/investing/8112252/Does-hi-tech-mean-highreturns-for-investors.html). Last accessed 29th Nov 2010.

enabled by the existence of the Internet as a technology.⁸ In a recent article written by Chris Anderson and Michael Wolff “*The Web Is Dead. Long Live The Internet*”, the authors expressed an opinion that the World Wide Web as a tool to access internet is in decline. They made a strong statement that the days in which *the Internet* and World Wide Web were the same thing are over. In my view this means that we can also include the international financial markets in the Internet as well, because internet is no longer tied to a specific technology, but it rendered the free electronic exchange of information independent.⁹

4. Is internet a medium?

In order to ensure multi-spectral analysis, we must analyze internet as a medium. As stated above, internet is a medium for sharing information. Since it is something we cannot compare to any other medium existing, we should examine internet through McLuhan’s optics. Is internet cool or hot medium? Bearing in mind the famous quotation “*the medium is the message*”¹⁰, we must conclude that internet is an exceptionally cool medium. Using internet requires filling in information by the user. Even the information which are considered to be hot presented by their original transmission technology are cool in the internet environment. The reason for this phenomenon is the way that internet technology displays data to the final user. User is required to actively participate when searching for information. Internet and all cyber-means of transporting information are

⁸ Anderson, G (2009). *Cityboy - Beer and Loathing In The Square Mile*. London: Headline. p 432.

⁹ Anderson, C., Wolff, M.. (2010). *The Web Is Dead. Long Live the Internet*. Available: http://www.wired.com/magazine/2010/08/ff_webrip/. Last accessed 29th Nov 2010

¹⁰ McLuhan, M. 2000, *Člověk, média a elektronická kultura: výbor z díla*, Jota, Brno. P. 415.

bringing us a new challenge. Should the parts of user interface which are specifically designed to navigate the user to the substantive information be considered technology or information? In my opinion they are a sort of intersection. This element gives internet its special nature which lies in the fact that the technology cannot be separated from the media and therefore from the information which is carrying.

A nice illustration is an example of a written text. Such text can be accessed through various technologies. It can be printed on a paper, it can be viewed using a computer, e-reader, tablet, smartphone, it can be written on a wall, etc. However if you remove the user interface, internet and information stored on the internet will not be accessible. Some may object that information stored on the internet are accessible through various technology as well, for example text on the internet can be printed on paper, video can be transmitted through television and audio podcasts can be streamed through traditional radio. That is all true, however the uniqueness of internet is to be found in the mixture of all kinds of media with a very high rate of interactivity on the top which is not to be seen in other media.

This mixture is very difficult to be precisely understood through the known media theory. What makes it difficult is the interactivity present in current internet access technology. In layman terms, does the interactivity of internet constitute a new medium or is it just a new use of old media and only the new layer of interaction should be considered a new medium? I believe network theories or complexity theories can offer an answer, which will be examined further in the article. During the work on this article, I have drafted three possible understandings of internet as a medium.

1. Internet should be understood as a new medium only on the scale of the new technology constituting a different use of information. It is possible to separate the old media in its original condition.
2. The quotation "*the medium is the message*" is invalid because old media are able to exist and "*live*" in a completely new technological environment without changing themselves. Is it possible to divide technological interaction and media from the usage of the medium itself?
3. Original media developed through the presence of a new technology to a new media. Therefore, what seems to be old media accessible through new technology is new media functioning within the internet.

Ad. I.

If we consider the first thesis to be valid, the terminology is ought to be cleared. The first modification is to understand the difference between "*use*" of a medium and its "*operation*".

The Oxford dictionary defines the word use as "*to do something with a machine, a method, an object, etc. for a particular purpose*".¹¹ Operation as a term is defined: "*working, being used or having an effect*".¹² The clear distinction is in the purpose of this action. It is thoroughly important to state a difference between these two terms. As mentioned before, internet gathers

¹¹ Ashby, M., Wehmeier, S. (2000). *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*. Oxford:

Oxford UP.

¹² Ashby, M., Wehmeier, S. (2000). *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*. Oxford:

Oxford UP.

old and new media at the same time using new technological means compared to the original technologies, media were based on. To keep the quotation “*the medium is the message*” valid, we have to presume the existence of old media up to their original extent through a new technology.

If we differentiate the use of new and old media within the internet, we would be able to find that the use of the media has not changed. Internet and its new features enabled a new interaction around already existing media. There are simple extensions of the old media like allowing users to post comments next to articles on newspaper websites and elaborate ones, for example Pandora internet radio service which allows its users to connect it with Facebook account and based on information given to Facebook about your musical tastes and other information,¹³ algorithm creates a selection of music to user’s liking and lets the user stream that selection directly to any device which can run (understand) Pandora protocols. However, if we strip down the novelty of the execution, it is only an equivalent to calling to a radio station and listener’s demand to play particular song. Therefore the medium is still the same, only the operation and the scale of use of a medium is different.

Ad 2.

Concerning this thesis we should argue what constitutes for a change in this context. In my view,

¹³ Pandora, Inc.. (2010). *How do I use my Facebook account to personalize Pandora?* . Available:

<http://blog.pandora.com/faq/contents/10010.html>. Last accessed 29th Nov 2010.

a change must be interpreted as a change in behaviour of the user towards a particular medium. The nature of a medium should then remain unchanged concerning itself and the extension of such medium provided by different technology is to be regarded as a part of a new medium and not in connection or a particle of the original medium.

I believe this thesis should be dismissed as untrue. In the previously mentioned case of internet based radio - Pandora it is the user's behaviour towards the original media in new technological environment that is changing. The thesis would be true if the behaviour was towards the new parts of a medium. However, they cannot be towards the new parts because then it would not carry any benefit for the user, his operation of the medium would not result in the use of the medium. The operations undertaken by the user must ultimately result in the use of a medium to be considered as being *"towards"* the medium. Therefore *"the medium is the message"* must be valid and the original thesis should be regarded as untrue.

Ad. 3.

I believe the above mentioned premise to be premature for the current state of internet. There are signs in some particular cases which support the thesis but are not in my opinion carried out to sufficient extent that would constitute them new media. A nice example is the popular video-on-demand service Youtube where available videos are accompanied with meta-data, advertisements and elaborate algorithm offering the user other videos he or she might be interested in. On the other hand, meta-data are a way towards embodied virtuality as observed by Katherine Hayles and therefore a way to

become a new medium as well.¹⁴ In Hayles' thesis, the embodied virtuality is: "*If you cannot tell the intelligent machine from the intelligent human*". It may be seen as an off topic discussing embodied virtuality, but in my opinion it sets the standard which would have to be achieved to consider the original media present through internet to be new.

5. Internet and information

Today's internet environment has a special social value that doesn't exist in other existing means of communication. The uniqueness may be found in the complexity of the system. The complexity of internet lays in the extra added value to the information which are submitted to the system created by the technology and nature of internet itself. We shall explore this idea through an example. If we compare a telephone system and the internet, it is clear that there is no new information developing in the system of telephones. It is only a medium which gives us the opportunity to transfer information. In layman terms, the value of information on input does not change on the output.

On contrary, internet creates, develops and adds new pieces of information to those which were inserted in the system. The first case is the already described scenario, where users modify some information, e.g. a news article, with their own thoughts and remarks posted next to that article. The recipient then gathers more than just the information itself, but due to the effect of complexity¹⁵ receives an additional amount of information with the act of perceiving primary information. Concerning the second case, it is

¹⁴ Hayles, N. K. (1999). *How We Became Posthuman: Virtual Bodies in Cybernetics, Literature and Informatics*. Chicago: The University of Chicago Press. P. 11.

¹⁵ Geyer, R., 2003, *Europeanisation, Complexity, and the British Welfare State** Available: <http://aei.pitt.edu/1719/01/Geyer.pdf> Last accessed 29th Nov 2010.

recognised that inside the system of a medium there are many applications containing algorithms, which create new quantity and quality of information based on primary information inserted (uploaded) in the system. This information is then included in the system itself and may be exported. These information are processed again by various algorithms (by algorithms I also mean manipulation directly achieved by human element) and create even more new, partly artificial, information.

6. The substance of internet

The first substance could be derived from a well known document “*A Declaration of the Independence of Cyberspace*” by John Perry Barlow of Electronic Frontier Foundation.¹⁶

This, partially anarchistic, document contains a very thorough concept of Civilization of the Mind in Cyberspace. If we treat this term as a possible substance, we should be able to characterize its components – common values.

One of unquestionable common values is dematerialization because matter is not present in cyberspace, information are not dependent on a substance. Since this system is exclusively based on dematerialized information, it does not use the logic of law and other normative systems. Legal norm is based on three aspects which are hypothesis, disposition and sanction. Legal norm is a rule of behaviour which should be followed and if not followed, a sanction is imposed on the breacher.¹⁷

¹⁶ Barlow, J.P.. (1996). *A Declaration of the Independence of Cyberspace* . Available: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. Last accessed 29th Nov 2010.

¹⁷ KNAPP, V. (1995) Teorie práva. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 1995. P. 247.

The logic of information systems is similar to the laws of physics/nature with an inevitable flaw. Primary system created by humans cannot be perfect. Kurt Gödel proved this by the Incompleteness Theorems where he states that any primary system shall never be perfect due to imperfectness of the natural language which is used to describe such system.¹⁸ The imperfectness of a system renders human-made systems as opposed to laws of nature circumventable. Therefore a law with the ambition to be applied in cyberspace is challenged by the lack of known and existing subjects and objects which is based on in the “*real world*”. A solution, at least a short term one, may be the use of analogy in the scope of what we may identify as private law on the internet. However with the development of more and more sophisticated technology, such analogy is more difficult to be correctly applied because of the different values internet’s social institutions are based upon.

One of the most important “*real world*” social and juridical institute is ownership. The idea of ownership arises from the limitation of goods available to people. Ownership is then derived from the basic economic need of a human being to own goods to satisfy its needs. The universal idea of ownership is enabled by the laws of physics which give every real world object universal interface. The value may vary greatly, but the possibility of transfer is present permanently. Legal institute of ownership means that there is a subjective right to a particular object and to this one right, there is an endless number of subjects who are sanctioned with a duty not to interfere with this one right. Previously mentioned phenomenon is referred to as “*erga omnes*” right.¹⁹ This doctrine cannot be applied to virtual ownership. There are many reasons why it cannot be applied. The main

¹⁸ Gödel, K (2003). *On Formally Undecidable Propositions of "Principia Mathematica" and Related Systems*. New York : Dover Publications. P. 80.

¹⁹ Fiala, J., Milan, K. (2009). *Občanské právo hmotné. 2nd ed. Plzeň: Aleš Čeněk*.

reason is, in my view, the fact that in cyberspace, many different closed environment with their own proprietary standards are formed.

Let's use an obvious example with MMORPG²⁰ game of some kind. It is in the interest of the developers of such game to reach a critical mass of users (gamers) who will interact with each other. Inevitably, economic aspect is tightly tied to the gaming interactions, usually present in the form of trading of the in-game equipment between the users. Money used for these purchases are usually in-game money which are freely exchanged from "real world" money like US Dollars, British Pounds, Euros, etc.

However, subjective right to in-game equipment does not have similar attributes as a real world ownership. Firstly, there is only a certain amount of people who carry the duty of not to interfere with your right – the other gamers plus the developers and the administrators. All the same, the developers usually forbid in internal rules to trade with such equipment, unless it's the official marketplace, where the developers themselves sell the equipment. Those are only official

in-game rules that are there mostly for the limitation of the developers liability arising from problematic transactions. Unofficially, the developers usually embrace such behaviour and transactions because it makes a game more appealing to general public and not just to hardcore gamers.

To support this hypothesis, I will use the real world example of the last generation of gaming consoles. Nintendo was dying on its feet with almost no money to develop a powerful new hardware for the next generation console. Meanwhile Sony with the hugely anticipated

²⁰ MMORPG stands for Massive Multiplayer Online Role Playing Game

PlayStation 3 and Microsoft with its sequel to the original XBOX, the XBOX 360 were developing a consoles with a computing power of supercomputers. Nintendo came with a simple, much less powerful Wii, which became an absolute hit because of the shared social experience it gave. To this day, Wii sold almost twice as much units as the other two combined, precisely 75.9 million²¹ compared to 44.6 million Xbox 360's²² and 41.6 million PS 3's.²³ This was possible because Wii does not target the usual customers, but people who would otherwise find gaming boring because of the lack of social interaction. If we then focus our attention to the internet and its various services enabling some kind of social interaction, we often find ourselves to be a witness of a social interaction in such environment expressed through the transfer of various tokens and objects between avatars. I believe that this interaction is a completely new legal phenomenon, because the behaviour of other people is deeply altered by the environment qualities which are very different to those in the "*real world*".

7. Avatars and social interaction

As stated above, the difference between real life human behaviour and behaviour of the same people online is intense.

²¹ Nintendo.co.jp (2010). *Consolidated Sales Transition by Region*. Available: http://www.nintendo.co.jp/ir/library/historical_data/pdf/consolidated_sales_e1009.pdf. Last accessed

29th Nov 2010.

²² Reilly, J. (2010). *Xbox 360 Sales Jump 38 Percent*. Available: <http://xbox360.ign.com/articles/113/1131103p1.html>. Last accessed 29th Nov 2010.

²³ Sony. (2010). *Playstation 3 Worldwide Hardware Unit Sales*. Available: http://www.scei.co.jp/corporate/data/bizdataps3_sale_e.html. Last accessed 29th Nov 2010.

When people are online, they have lowered “*defense mechanism*” in their personal space. Therefore, behaviour of other people in the internet environment could be more intrusive to the personal sphere of a person. However, the standards of online behaviour allow such intrusion and therefore the most members of “*online society*” find them socially acceptable.

A new standard of social interaction is incorporated in the concept of an avatar. Avatar is basically alter ego of a person, which they use in various social and gaming online services. In my opinion, this concept justifies previously stated thoughts. People are intentionally acting as someone (something) else or under their name in a different way. This concept is strictly opposite to the real world, where everyone should present themselves as themselves and the law strictly prohibits impersonating someone else or to pretend that you are not who you really are. There is no common legal concept or rule which would be able to govern the concept of avatar. If we consider the legal institute of power (warrant), it is not possible to apply it in this situation. Because *de facto* avatar and the person who controls it are the same entity. Avatar is bound by the commands or instructions that are given to it. However if there is a wrong line of code, avatar’s behaviour may result in causing damage. Who could be held liable? There are cases where the avatar is only partially governed by the user. In order to create more realistic experience, part of avatars behaviour is supplied by artificial intelligence. This is not to be understood as AI in general meaning, but a set of random codes which enable the avatar to behave more naturally. The questions arising include, how would we describe the relationship between avatar and its creator by the law? Is it some kind of ownership? Does it have the character of intellectual property? Is it a sui generis legal concept?

We are not simply able to answer these questions because it is something that human society has never encountered before.

8. Definiteness of the internet environment

Various online services on the internet have one thing in common. The possibility of adjustment of “your” online space on a scale that has never been enabled to us before. Of course, there are services which present themselves in more closed graphic environment (for example Facebook) and there are services with extensive possibility of modification (like Myspace). Nevertheless, all internet services allow some kind of adjustment, Google News allow you to define the sources and kinds of news you want, social services let you upload and share various content from photos and videos to interactive games, advertising is tailored to particular users by using algorithms that take in count what you are searching, what’s your sex, your age, etc. The influential magazine Wired presented an article “*Design is Dead. Long Live Design!*” where the author Dylan Tweney argues that the design presentation of content in electronic devices is towards more simple. He observes that public was expecting the design of e.g. web pages to be getting more elaborate, but the opposite is true. The user is allowed to modify the content that is presented.²⁴ From simple modifications like changing the font and size of a text on your e-reader or iPad, through moderate changes like using

ad-blockers, readers, RSS readers and other browser plug-ins to creating your profile on Myspace.

The revolutionary aspect of this is that those adjustments are free or cost next to nothing. In all of human history the possibility to adjust and interfere

²⁴ Tweney, D.F. (2010). *Design Is Dead. Long Live Design!*. Available: <http://www.wired.com/epicenter/2010/11/long-live-design/>. Last accessed 29th Nov 2010.

with surrounding environment was reserved for rich people, and even most of them could not afford to change the environment to such extent.

9. Negative definition and delimitation

The question of a negative definition of internet being a new legal culture is a tricky one. It relies on the intensity because even though internet seems to establish a new way of social interaction, the fact of a matter is that internet was still created by humans and it still relies on human activity. This, I believe, means that there are always some analogies to the real world. Therefore internet cannot be 100% new and original compared to the real world. This means that if law applies itself to the real world, it would be, at least partially, applicable to internet and its institutes as well. As mentioned before, the difference must raise to considerable intensity.

In my view, it is more difficult to apply public law institutes. Because public law usually contains more powerful sanctions for a breach of its norms, the proceedings have to be based to protect the objective subject. Therefore, one of the aspects of public law proceedings is a long period for infringing behaviour to be conducted before the proceedings are finished. Other problems arise together with the fact of indirect regulation of the internet. That is because internet is mostly governed by something called "*the subjects of information society*". Under this unorthodox term we can subsume internet providers, cloud computing services and providers of various services working on electronic information systems. This means that the governments cannot efficiently control internet directly, which is a completely new situation for them. And even when they are able to punish

the people who committed unlawful behaviour, governments are usually not able to abolish such behaviour or its results.²⁵

In private law, the situation is more settled. I believe, we are able to recognize two groups of private law application in the environment of internet. The first contains all the problems which create internet in the scale of it being a new medium as discussed before, which are characteristic by its full virtualization. The second is mostly used as a tool used for the formation of real world contracts. While the first problems raises many questions and complications, the second one does not. Internet is understood and used only as a tool with its specifics and features. Nice example could be the act of buying something on an eshop. You find something you like, you buy it and then they deliver it. The extra regulation needed for this kind of situations is to regulate some protection of the consumer concerning specific nature of the particular electronic tool which he uses, e.g. PayPal, etc.

10. The Test

As I mentioned earlier, the results of the test are not based on absolute values – that

way the test would not have any meaning, because there are no absolute values involved.

²⁵ Polčák, R., (2010). *Regulační struktura internetu & Virtualizace jako právní fenomén*. [Lecture].

Normativní systémy v kyberprostoru. Masaryk University, Katedra právní teorie, PrF MU, 4.11.2010.

The test is based on intensity of variation compared to the real world institutes of

similar purpose or social value.

10.1. Social component

On the evidence presented in previous chapters, I certainly believe that the nature of social behaviour has changed enough to fulfill the criteria of a substance of a legal culture. I was mostly convinced with the different nature of disposal with information. This does not apply only to some groups of users but to most of them, from a student, who has more information in reach than ever before, to the banker in the City who has 100% real time market developments streamed directly into his office. The banker is now able to decide on the real time developments and behave very differently on the market, because he knows that all the other bankers have the same possibilities. The nature of information behaviour has also changed in the way we perceive them. It is very complicated to withhold some information from anyone, especially when the information are of significant value. We were able to observe this recently in the Wikileaks server case. Even the most powerful entities in the world – governments were (and are) not able to stop behaviour which is by their national laws considered to be infringing.

The social interaction itself changed as well. We are interacting in a new space with completely new techno-social institutions like avatars and social networks. The term “*friend*” has been devaluated and changed through the different social nature of a friendship on social networks like Facebook. It is a very interesting topic, recently there was a completely new social network introduced, called “*Path*”, which works only as an application for iOS

based devices (with support of more platforms coming) and allows the user to have up to fifty friends. The absolute number of friends is based on a work of R.I.M. Dunbar, an anthropologist, who proved, that human beings are not able to have more than fifty friends in the sense of “*true*” real world friends, he refers to them as “*close connections*”.²⁶

10.2. Religious component

As mentioned before, the religious component does not have to meet the same high criteria of intensity of variation to the real world, but has to simply allow transmission of information with religious content. I believe that this criterium was met. I would like to add that when I mention religion, I use that term in strictly practical way. Therefore by religion, I mean current established churches, no matter of numbers of their followers. I am afraid that there is not enough space in this article for analysis of believing “*in the internet*”. My intentions are to examine this issue in a separate paper.

10.3. Economic component

Economic component is the most difficult one to conclude precisely because of the many aspects of this component. The biggest issue is in the distinction between the trade which is enabled by internet as a tool/medium

²⁶ Levy, S. (2010). *The ‘Path’ to Social Network Serenity Is Lined With 50 Friends*. Available:

<http://www.wired.com/epicenter/2010/11/the-path-to-social-network-tranquility-is-lined-by-50-friends/>. Last accessed 29th Nov 2010.

and the trade on a market created by the internet. Because letterpress print, telephone, radio, etc. also opened channels for new trade, new marketing, etc. and they do not have new legal cultures based upon them. Therefore, I believe that this could not be an aspect that would succeed as a part of substance of a new legal culture, never mind the intensity, unless, of course, it would be only a source of a trade. Even in that situation, I maintain the thought of applying recent legal institutes and norms. On the other hand, we are witnessing emergence of something I call “*virtual market place*”, which is characteristic by transactions that stay in cyberspace, mostly internet based services like MMORPG’s like the World of Warcraft and social services like Second Life and Facebook. The reason why I call it a marketplace is because there are two specific and partially antagonistic tendencies to be observed.

The first is the standardization and coalition of more platforms together (e.g. I found out that Scribd is now connected to Facebook and you can sign in using your Facebook account, the same happened with Pandora, etc.)²⁷ can also be understood as a monopolization of market because it is based on proprietary standards. This “*bridge*” brings me to the other trend, which is development and coexistence of many proprietary systems in a single common TCP/IP based environment. Since there are so many participants, it results in an entropy. What is interesting though, is that users seem to like that entropy. Most of us use different services that allow us to do the same things as the other ones, but in some ways suit us and our personalities more. Today, there is considerable variety in each of every internet based service. For example if I want to be a part of a social network, I can choose between Facebook, Twitter, Myspace, LinkedIn, Google Buzz, Path and in

²⁷ Jerry. (2010). *Support Desk: Info, FAQs, and Forums/FAQ: Facebook*. Available: <http://support.scribd.com/forums/150084-faq-facebook>. Last accessed 29th Nov 2010.

short time hopefully Diaspora as well. All of them are social networks, but every one of them is a bit different.

Based on the presented evidence, I believe that internet met the requirements of intensity I set for it. Since it created such a vast space for a completely new kinds of economically exploitable objects, services and ideas, it is a huge leap from what we have already seen since the letterpress printing.

10.4. Conclusion

If we are thinking in John Perry Barlow's terms, we distinguish between people who are natives in the dematerialized electronic world and who are immigrants.²⁸ I always thought it is a bit of

a stretch expressed in a romantic document. But about two weeks ago, I was walking with a friend of mine through the city centre and a very repulsive man entered the door of Moulin Rouge. My friend turned and told me: *"I simply cannot understand, why should the same rules apply to me and that man in front of us, who just went into Moulin Rouge, than to someone connected to the internet somewhere on the other side of the planet, when we have so much more in common"*. I believe that this *"feeling"* is important, because many people simply feel better when they are in various rumpled and corners of cyberspace. In my opinion, it could be the same feeling which resulted in the creation of national states in the 19th century. Those are now perceived as granted. And since some people are considered

²⁸ Barlow, J.P.. (1996). *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. Available: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. Last accessed 29th Nov 2010.

to be natives there, they consider it as their primary identity. It is still very soon for internet to be a legal culture on its own, but the days when it will actually be one are not that far away.

Literature:

Alex. (2005). *internet* vs. *Internet*. Available: <http://www.achingbrain.net/alex/internet-vs-internet>. Last accessed 29th Nov 2010.

Anderson, G (2009). *Cityboy - Beer and Loathing In The Square Mile*. London: Headline, P. 432.

Anderson, C., Wolff, M.. (2010). *The Web Is Dead. Long Live the Internet*. Available: http://www.wired.com/magazine/2010/08/ff_webrip/. Last accessed 29th Nov 2010

Ashby, M., Wehmeier, S. (2000). *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*. Oxford : Oxford UP, P. 1796.

Barlow, J.P.. (1996). *A Declaration of the Independence of Cyberspace* . Available: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. Last accessed 29th Nov 2010.

Fiala, J., Milan, K. (2009). *Občanské právo hmotné. 2nd ed. Plzeň : Aleš Čeněk*.

Geyer, R., 2003, *Europeanisation, Complexity, and the British Welfare State** Available: <http://aei.pitt.edu/1719/01/Geyer.pdf> Last accessed 29th Nov 2010.

Godel, K (2003). *On Formally Undecidable Propositions of "Principia Mathematica" and Related Systems* . New York: Dover Publications. P. 80.

Hayles, N. K. (1999). *How We Became Posthuman: Virtual Bodies in Cybernetics, Literature and Informatics*. Chicago: The University of Chicago Press. P. 364.

Jerry. (2010). *Support Desk: Info, FAQs, and Forums/FAQ: Facebook*. Available: <http://support.scribd.com/forums/150084-faq-facebook>. Last accessed 29th Nov 2010.

KNAPP, V. (1995) *Teorie práva*. 1. vyd. Praha : C.H. Beck, 1995. P. 247.

Kötz, H., Zweigert, K., 1998, *An Introduction to Comparative Law*, Third Edition, Oxford UP, Oxford. P. 744.

Levy, S. (2010). *The 'Path' to Social Network Serenity Is Lined With 50 Friends*. Available: <http://www.wired.com/epicenter/2010/11/the-path-to-social-network-tranquility-is-lined-by-50-friends/>. Last accessed 29th Nov 2010.

McLuhan, M. 2000, *Člověk, média a elektronická kultura: výbor z díla*, Jota, Brno, P. 415.

Pandora, Inc.. (2010). *How do I use my Facebook account to personalize Pandora?* . Available: <http://blog.pandora.com/faq/contents/10010.html>. Last accessed 29th Nov 2010.

Polčák, R., (2010). *Regulační struktura internetu & Virtualizace jako právní fenomén*. [Lecture]. Normativní systémy v kyberprostoru. Masaryk University, Katedra právní teorie, PrF MU, 4.11.2010.

Simon, E. (2010). *Does hi-tech mean high returns for investors?*. Available: <http://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/investing/8112252/Does-hi-tech-mean-highreturns-for-investors.html>. Last accessed 29th Nov 2010.

Tweney, D.F. (2010). *Design Is Dead. Long Live Design!* . Available: <http://www.wired.com/epicenter/2010/11/long-live-design/>. Last accessed 29th Nov 2010.

Contact – email
o.antos@gmail.com

LEGISLATÍVNY PROCES V SLOVENSKEJ REPUBLIKE A JEHO DIGITALIZÁCIA

KAMIL BARANÍK

Právnická fakulta UK (Katedra ústavného práva); Ministerstvo
spravodlivosti SR

Abstract in original language

Príspevok sa zaoberá legislatívnym procesom v Slovenskej republike a jeho významnou procedurálnou inováciou – digitalizáciou. Najdôležitejšiu úlohu v tomto procese zohráva predovšetkým Portál právnych predpisov, prostredníctvom ktorého môže do legislatívneho procesu zasiahnuť (v primeranej miere) aj široká verejnosť. Autor vysvetľuje a hodnotí jeho doterajšie fungovanie a objasňuje vízie smerovania digitalizácie legislatívneho procesu do budúcnosti.

Key words in original language

Legislatívny proces, digitalizácia, Portál právnych predpisov, Editor právnych predpisov

Abstract

The article deals with the legislative procedure in the Slovak Republic and its important procedural innovation – digitization. The most significant task in this process belongs to the Portal of legal acts, through which can also public (in an appropriate level) intervene in the legislative process. Author explains and evaluates existence of the Portal and also outlines a vision of future development of the digitization of the legislative process in the Slovak Republic.

Key words

Legislative procedure, digitization, Portal of legal acts, Editor of legal acts

Úvodné poznámky

Tvorba práva a predovšetkým tvorba kvalitných právnych predpisov predstavuje v každej spoločnosti náročný a veľmi zodpovedný proces. Vytvorenie právneho aktu, najmä toho všeobecne záväzného si vyžaduje veľkú dávku znalosti spoločenských vzťahov v konkrétnej oblasti a odbornosti „tvorcov“ právnych predpisov.

Na to, aby sa v Slovenskej republike návrh zákona do parlamentu - Národnej rady (jediného zákonodarného a ústavodarného orgánu¹) vôbec dostal a mohol byť následne schválený, je potrebné aby bol vyhotovený jeho text. Znenie návrhu zákona sa vytvára prostredníctvom formalizovaného postupu, pričom obdobné pravidlá sa netýkajú len tvorby návrhov zákonov, ale aj návrhov ostatných právnych predpisov. Celý proces zahŕňajúci tvorbu právnych predpisov od zrodu myšlienky upraviť určitú oblasť spoločenských vzťahov, až po vstup právnych predpisov do účinnosti sa nazýva legislatívny proces.

Legislatívny proces tvorby zákonov² v Slovenskej republike je formalizovaným procesom, upraveným predovšetkým v Ústave Slovenskej republiky, zákone Národnej rady Slovenskej republiky č. 350/1996 Z. z. o rokovacom poriadku Národnej rady Slovenskej republiky, Legislatívnych pravidlách tvorby zákonov a Legislatívnych pravidlách vlády SR. Vnútorne sa legislatívny proces člení na etapy, pričom s najzložitejším a najdlhším postupom sa stretneme pri tvorbe zákonov, ktorých predkladateľom je vláda.

Jednotlivé etapy legislatívneho procesu produkujú výstupy, ktoré následne predstavujú vstupy do ďalších fáz tejto procedúry. Donedávna bola táto vysokošpecializovaná činnosť zahalená rúškom tajomstva pre všetkých, ktorý sa na nej priamo nezúčastňovali. Žijeme však v moderných časoch, kedy sa spoločnosť stáva viac uvedomelou a začína sa omnoho viac zaujímať o správu vecí verejných, a to nielen prostredníctvom svojich volených zástupcov. Súčasnosť je zároveň poznačená výrazným vplyvom prenikania moderných (elektronických) prostriedkov do každodenného života. Spomínané vplyvy zasiahli aj legislatívu a legislatívny proces.

Tento príspevok si nekladie za cieľ zaoberať sa legislatívnym procesom ako komplikovaným mechanizmom, ktorého výsledkom je normatívny právny akt. Naproti tomu sa venuje snád' najvýznamnejšej procedurálnej inovácii, ktorá ho v poslednej dobe výrazným spôsobom pozitívne zasiahla. Je ňou digitalizácia celého priebehu legislatívneho procesu v Slovenskej republike, ktorá má okrem iného zabezpečiť transparentnú verejnú kontrolu a umožniť širokej verejnosti prístup ku všetkým druhom legislatívnych a nelegislatívnych materiálov ešte počas ich formovania. S digitalizáciou sa dnes môžeme stretnúť prakticky od úvodných fáz vytvárania ustanovení normatívneho právneho aktu až po jeho publikáciu.

¹ Čl. 87 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky.

² Príspevok sa zaoberá vládnymi návrhmi zákonov, teda návrhmi, ktorých predkladateľom do NR SR je vláda SR. Vládne návrhy prechádzajú v legislatívnom procese najkomplikovanejšou schvaľovacou procedúrou. Táto skutočnosť je však vyvažovaná vysokou úspešnosťou schválených návrhov, keďže vládne návrhy zákonov predstavujú viac ako 80 % všetkých zákonov prijatých v NR SR.

Digitalizácia predstavuje významný míľnik v legislatívnom procese, pretože ho umožňuje v dostupnej forme sledovať širokej verejnosti. Tým dochádza k odbúravaniu anonymity pripravovanej právnej úpravy, ktorú je možné podrobiť verejnej kontrole ešte pred tým ako nadobudne všeobecnú platnosť a účinnosť.

Historický kontext digitalizácie

Jedným zo základných podnetov na začatie komplexného rozboru stavu elektronizácie postupov v legislatívnom procese bol nepochybne zákon č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o slobode informácií), ktorý s účinnosťou od 1.1.2001 ustanovil v § 5 povinné zverejňovanie informácií. Okrem iných sa toto ustanovenie vzťahuje aj na Národnú radu SR, vládu SR, ministerstvá a ostatné ústredné orgány štátnej správy. Týmto subjektom bola v zákone ustanovená povinnosť zverejňovať:

- a) texty navrhovaných právnych noriem po ich uvoľnení na medzirezortné pripomienkové konanie – ministerstvá a ostatné ústredné orgány štátnej správy,
- b) texty materiálov predložených na rokovanie vlády – vláda SR,
- c) texty predložených návrhov zákonov a schválených zákonov – NR SR.

Zákomom o slobode informácií sa tak spomínaným povinným subjektom zakotvila povinnosť zverejňovať jednotlivé materiály na vstupoch/výstupoch legislatívneho procesu a sprístupniť ich verejnosti, predovšetkým z dôvodu transparentnosti. Predmetné ustanovenia prinútili vládu SR rozpracovať analýzu existujúcich postupov v legislatívnom procese.

Aj ako dôsledok prijatého zákona o slobode informácií (okrem toho aj kvôli snahe zefektívniť legislatívny proces) bol vypracovaný a na rokovanie vlády SR dňa 13.06.2001 predložený materiál „Návrh zmien predpisov v nadväznosti na pripomienkové konanie k materiálom vlády SR v súlade s dokumentom Audit“.

V ňom sa vypracovala vízia nového systému pripomienkového konania³, ktorý sa od predošlého líšil predovšetkým striktnejším vymedzením pravidiel formulovania a zasielania pripomienok, vypracovávaní jednotlivých náležitostí materiálu a predkladacej správy a prisnejšími pravidlami dodržiavania Smernice na prípravu a predkladanie materiálov na

³ Bližšie pozri: SVÁK, J., KUKLIŠ, P. 2009. Teória a prax legislatívy. Bratislava: Eurokódex. 2009, s. 145-153.

rokovanie vlády. Ďalšou dôležitou zmenou bola aj snaha o zakomponovanie práva verejnosti vzniesť pripomienky a podľa uváženia predkladateľa i právo zúčastniť sa na rozporovom konaní, resp. na verejnej odbornej prezentácii.

Podstatným vylepšením uvedeným v tejto analýze bolo aj spustenie využívania internetu na zverejňovanie materiálov jednotlivých rezortov na príslušných internetových stránkach (teda stránkach jednotlivých ministerstiev, úradu vlády a ostatných ústredných orgánov štátnej správy), ako aj využívanie elektronickej pošty na komunikáciu medzi predkladateľom materiálu a pripomienkujúcim subjektom.

Hlavným prínosom tohto nového systému pripomienkového konania bola najmä časová efektívnosť pri manipulácii s pripomienkovaným materiálom, ktorá sa dosiahla zavedením elektronického predkladania materiálov. Tento spôsob komunikácie tiež umožnil finančné úspory súvisiace s administratívou materiálov.

Novozavedený systém bol zhodnotený v uznesení vlády SR č. 309 z 27. apríla 2005 v materiáli: „Zhodnotenie systému pripomienkového konania a návrhy na jeho zlepšenie“ – v ktorom sa zavedenie elektronickej komunikácie posúdilo ako veľmi pozitívne, avšak vytkli sa mu aj niektoré zásadné chyby a nedostatky, ktoré zo sebou priniesla tzv. voľná a prakticky málo regulovaná forma komunikácie medzi povinnými subjektmi (stačí spomenúť problémy ako nedodržiavanie lehôt stanovených na pripomienkové konania, ďalej tzv. konferenčné pripomienkové konania alebo v niektorých prípadoch dokonca absolútne vypustenie pripomienkových konaní – tieto porušenia boli zdôvodnené nedostatkom času na schválenie materiálu, avšak urýchlenu cestou dochádzalo k nekvalitnému výstupu z legislatívneho procesu).

V predmetnom materiáli boli okrem tohto zhodnotenia navrhnuté aj zmeny pripomienkového konania smerujúce predovšetkým k vytvoreniu jednotného informačného systému sledovania legislatívneho procesu. Víziou bolo zabezpečiť sledovanie celého legislatívneho procesu od začatia pripomienkového konania až po zverejnenie v Zbierke zákonov SR, s prepojením na databázu jednotného automatizovaného systému právnych informácií (JASPI). Okrem toho sa v predkladanom materiáli stanovila požiadavka na vytvorenie úplne nového softvéru na prípravu legislatívnych materiálov (Editor právnych predpisov), prípadne na prepracovanie dovedty používaného softvéru, ktorý sa mal upraviť pre špecifické potreby prípravy a písania legislatívnych materiálov.

Úlohou vypracovania analýzy východísk a praktických možností vytvorenia jednotného informačného systému na sledovanie legislatívneho procesu bolo primárne poverené Ministerstvo spravodlivosti SR. Okrem toho sa skúmala aj možnosť rozvoja v oblasti pripomienkovania zo strany širokej

laickej verejnosti, ktorej konštruktívne názory by mohli byť v legislatívnom procese zohľadnené.

Ďalším významným posunom v digitalizácii legislatívneho procesu bolo rokovanie vlády SR, konané dňa 14.02.2007, ktoré schválilo dokument „Analýza východísk a praktických možností vytvorenia jednotného informačného systému na sledovanie legislatívneho procesu“. Už zo samotného názvu materiálu vyplýva, že sa v ňom podrobne analyzovali možnosti vytvorenia jednotného informačného systému na sledovanie legislatívneho procesu a spôsob jeho reálneho fungovania. Podľa vypracovanej koncepcie mal byť systém zložený z dvoch základných častí

- a) Úložisko právnych predpisov s logikou legislatívneho procesu,
- b) Aplikácia na tvorbu všeobecne záväzného právneho predpisu – Editor právnych predpisov.

Záverečnou fázou, ktorá predchádzala reálnemu vytvoreniu digitalizovaného legislatívneho procesu bola „Záverečná správa k projektu Jednotný informačný systém na sledovanie legislatívneho procesu“, schválená na rokovaní vlády vo februári 2008 (20.02.2008). V uznesení vlády sa podpredsedovi vlády a ministrovi spravodlivosti uložila povinnosť uviesť do prevádzky kompletný Jednotný informačný systém na sledovanie legislatívneho procesu (ďalej len „JISS“), obsahujúci Portál právnych predpisov a Editor právnych predpisov, do plnej prevádzky a zabezpečiť školenia určených zamestnancov ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy.

Zároveň sa od 01.06.2008 uložila členom vlády a vedúcim ostatných ústredných orgánov štátnej správy povinnosť používať na tvorbu a predkladanie materiálov na rokovanie vlády výlučne Portál právnych predpisov. Záverečná správa obsahovala podrobnosti o používaní a funkcionalite systému a poskytovala vízie rozvoja JISS do budúcnosti.

V nadväznosti na zmeny, ktoré sa digitalizáciou zaviedli, došlo nevyhnutne k novelizácii potrebných predpisov – predovšetkým Legislatívnych pravidiel vlády a Smernice na prípravu a predkladanie materiálov na rokovanie vlády tak, aby bolo využívanie Portálu právnych predpisov obligatórne.

Počnúc 01.06.2008 sa zaviedol Portál právnych predpisov a Editor právnych predpisov do plnej ostrej prevádzky. Zároveň sa od tohto dátumu v gescii Ministerstva spravodlivosti SR vykonávajú školenia k informačným systémom, pričom do dnešných dní ich absolvovalo približne 1400 používateľov. A aj za pomoci a skúseností vyškolených pracovníkov bola vytvorená a viackrát aktualizovaná Používateľská príručka Portálu právnych predpisov, ktorá predstavuje komplexný návod na prácu s ním.

Jednotný informačný systém na sledovanie legislatívneho procesu (JISS)

Tak ako vyplynulo z uznesenia vlády SR, je JISS tvorený dvoma základnými zložkami – Editorom a Portálom právnych predpisov.

Do pôsobnosti JISS spadajú okrem legislatívnych materiálov (ústava, ústavný zákon, zákon, nariadenie vlády, vyhláška, výnos, opatrenie, medzinárodná zmluva, legislatívny zámer, predbežná informácia) aj nelegislatívne typy materiálov (nelegislatívny materiál všeobecnej povahy (informácia, správa a pod.) a nelegislatívny materiál osobitnej povahy – materiál, ktorý je určený na publikovanie v Zbierke zákonov SR, bez predchádzajúceho legislatívneho procesu).

„Informačný systém JISS zahŕňa nasledovné akcie:

- 1) vytvorenie návrhu právneho predpisu (EPP),
- 2) príprava legislatívnych a nelegislatívnych materiálov (PPP),
- 3) medzirezortné pripomienkové konanie,
- 4) rokovanie poradného orgánu vlády,
- 5) rokovanie vlády,
- 6) rokovanie NR SR – spolupráca s web stránkami NR SR a rozšírenou verziou EPP pre účely NR SR,
- 7) schvaľovanie prezidentom,
- 8) schvaľovanie ministrom – pre materiály typu vyhláška, výnos, opatrenie, (rozumie sa tým aj schvaľovanie týchto typov právnych predpisov predsedom alebo vedúcim iného ústredného orgánu štátnej správy, vrátane guvernéra Národnej banky Slovenska),
- 9) publikovanie v Zbierke zákonov Slovenskej republiky.“⁴

Editor právnych predpisov (ďalej len „EPP“)

⁴ V zmysle Záverečnej správy k projektu Jednotný informačný systém na sledovanie legislatívneho procesu, schválená Uznesením vlády Slovenskej republiky č. 109 z 20. februára 2008

EPP je smart aplikácia, ktorá bola vytvorená za účelom písania a vytvárania právnych predpisov, ktoré majú presne definovanú vnútornú štruktúru. Z pôsobnosti EPP sú vylúčené medzinárodné zmluvy, práve z dôvodov vnútornej nestability ich štruktúry.

EPP uľahčuje legislatívnemu pracovníkovi tvorbu nového a novelizáciu už existujúceho právneho predpisu. EPP má v sebe integrované aktuálne pravidlá legislatívneho procesu (vyplývajúce z Legislatívnych pravidiel vlády SR), ktoré sa prostredníctvom aplikačnej logiky jednotným spôsobom uplatňujú. Program zabezpečuje legislatívno-technickú stránku materiálu, kým vecná stránka ostáva naďalej v rukách legislatívneho pracovníka.

Obrovskú výhodu predstavuje aj pri novelizácii právneho predpisu, keď legislatívny pracovník upravuje vygenerované rekonštruované znenie právneho predpisu. Do tohto „kompletného“ znenia sa zapisujú zmeny a EPP ich vypracuje do podoby novely. Celý dôraz EPP je kladený na úplné znenie, ktoré má byť v budúcnosti súčasťou Elektronickej Zbierky zákonov SR.

EPP umožňuje členiť štruktúru právneho predpisu v závislosti od typu právneho predpisu; kompletne vygeneruje úvodnú vetu; v prípade, že právny predpis novelizuje aj iné právne predpisy, rozčlení právny predpis na články (v prípade novely – novelizačné body); účinnosť upraví podľa zadania – problémy mu nerobia ani delené účinnosti; poznámky pod čiarou v prípade novely neprečísluje, naopak v prípade prípravy nového znenia pri zmene niektorej poznámky - všetky ostatné prečísluje a zmení ich aj v texte atď.

Počas tvorby právneho predpisu je možné kedykoľvek použiť náhľad na rekonštruované znenie spolu s vyznačenými zmenami.

Výstupom je štruktúrovaný dokument vo formáte XML, HTML, RTF. Editor je prepojený s Portálom právnych predpisov, takže sa do neho materiál môže presunúť. Na vytvorenie nového právneho predpisu je EPP pripravený na 100%, avšak problémy mu stále robí novelizácia na úrovni slova (napr. jedno slovo nahradiť druhým, v tomto prípade je v novele schopný prepísať celé vety, čo však nie je celkom v súlade so zaužívanými legislatívnymi technikami.). Zmeny v tejto oblasti sú predmetom ďalšieho vývoja.

Portál právnych predpisov (ďalej len „PPP“ alebo „Portál“)

PPP je internetovým portálom, ktorý so svojou procesnou logikou zachytáva priebeh legislatívneho procesu. PPP slúži na sledovanie, archiváciu a vyhľadávanie materiálov legislatívnej a nelegislatívnej povahy počas legislatívneho procesu

PPP slúži ako centrálny portál na zverejňovanie materiálov vo všetkých štádiách legislatívneho procesu. Je zároveň jednotným miestom na zverejňovanie legislatívnych a nelegislatívnych materiálov.

PPP zahŕňa informačnú funkciu (pasívny prístup) v podobe zachytenia legislatívneho procesu. Tým umožňuje verejnosti (ale aj orgánom verejnej moci) prehľadne sledovať priebeh konkrétneho materiálu počas legislatívneho procesu, až do fázy publikácie v Zbierke zákonov SR. Portál spravuje všetky materiály v legislatívnom procese od svojho spustenia, pričom jeho kapacita sa postupne zväčšuje.

Na PPP sa nachádzajú všetky materiály, ktoré sa od jeho ostrého spustenia v legislatívnom procese objavili. Niektoré inštitúcie dokonca prejavili veľký záujem o doplnenie materiálov (tých ktorých vydanie predchádzalo zavedeniu PPP), ktoré sa hoci so starším dátumom na Portál doplnili. Postupne sa takýmto spôsobom vytvára široká databáza materiálov, v ktorých je možné jednoducho a prehľadne nájsť konkrétny dokument. Portál naplňa už skôr zmienené požiadavky zverejňovania informácií podľa zákona o slobode informácií. Prostredníctvom PPP je možné vyhľadávať dokumenty v rôznych fázach legislatívneho procesu. Právne predpisy sa na ňom nachádzajú v podobe, s ktorou je ďalej možné pracovať (formát rtf. alebo pdf.).

Portál zároveň poskytuje oprávneným orgánom verejnej moci aktívny prístup k legislatívnemu procesu (vytváranie materiálov na Portáli, pripomienkovanie). To znamená, že Portál nie je len jednoduchým prístupovým bodom, kde majú subjekty povinnosť zverejňovať predmetné materiály v rámci legislatívneho procesu (ako je to možné vidieť v iných krajinách, kde sa často obdobná internetová stránka stáva len prístupovým bodom informovania širokej verejnosti o plánovaných legislatívnych zmenách). Portál predstavuje miesto, kde sa jednotlivé časti materiálu priamo vytvárajú do štandardizovanej podoby. Bez fázy vypracovania materiálu a zverejnenia na Portáli nie je ani možné v legislatívnej procedúre ďalej pokračovať. Novelizáciou Legislatívnych pravidiel vlády SR bol PPP hlboko zakomponovaný do celého priebehu legislatívneho procesu a v súčasnosti predstavuje jeho neoddeliteľnú súčasť.

Prostredníctvom PPP sa napríklad spúšťa samotné pripomienkové konanie, ktorého trvanie nie je technicky možné skrátiť pod ustanovenú lehotu (PPP možnosť kratšieho pripomienkového konania jednoducho neponúka). Prostredníctvom PPP sa každý materiál elektronicky odosiela na Úrad vlády SR – na rokovanie vlády SR. Všetko je nastavené tak, aby v 99,9 % nemohlo dôjsť k jeho obídenu. PPP tak súčasne predstavuje garanta zákonného priebehu celého legislatívneho procesu, predovšetkým v jeho

predprípravnej fáze⁵ a v neskorších fázach umožňuje sledovanie predmetného materiálu.

PPP je veľmi prehľadný a vytvorený tak, aby bolo jeho používateľské rozhranie graficky príťažlivé a zároveň maximálne intuitívne pre široké spektrum používateľov.

Okrem toho umožňuje PPP registrovaným používateľom, reprezentujúcim laickú, ale aj odbornú verejnosť formou individuálnych alebo hromadných pripomienok aktívne vstupovať do legislatívneho procesu.

Zástupca verejnosti môže individuálne pripomienkovať akýkoľvek materiál alebo sa môže zapojiť do pripomienkovania prostredníctvom tzv. hromadnej pripomienky (či už formou jej samotného podania alebo podporenia). V prípade, že by zo strany verejnosti bola vznesená pripomienka, s ktorou sa stotožnil väčší počet fyzických alebo právnických osôb a zároveň bolo súčasťou pripomienky aj splnomocnenie zástupcu verejnosti na zastupovanie, môže predkladateľ prizvať zvoleného zástupcu verejnosti na rozporové konanie a prejednať s ním rozpor. Takéto rozporové konanie sa ale uskutoční vždy, keď predkladateľ nevyhoví hromadnej pripomienke, s ktorou sa stotožnilo aspoň 500 fyzických alebo právnických osôb.⁶

Praktická tvorba materiálu na PPP

Každý subjekt oprávnený na predkladanie materiálov na Portál má stanoveného svojho administrátora, ktorý udeľuje prístupové kontá samotným pracovníkom inštitúcie⁷. Samotné pridelené kontá a s nimi späté oprávnenia sa môžu od seba významným spôsobom líšiť – takto sa môžu selektovať pracovníci, ktorých prístup je úplný alebo istým spôsobom obmedzený (napr. nemôžu vytvárať vlastný materiál, nemôžu uzatvárať fázy legislatívneho procesu a pod.).

Materiál sa vytvára v 3 základných krokoch:

⁵ Autori Svák a Kukliš vo svojej publikácii *Teória a prax legislatívy* (2009) rozdeľujú legislatívny proces tvorby vládnych zákonov v Slovenskej republike na štyri etapy. Sú nimi predprípravná, prípravná, schvaľovacia a promulgačná etapa. Predprípravná zahŕňa rozhodnutie o predkladateľovi návrhu zákona (spravidla je ním člen vlády, ktorý vykonáva štátnu správu v oblasti dotknutej zamýšľanou zákonnou úpravou) a tvorbu legislatívneho zámeru. Prípravná etapa prebieha na ústrednom orgáne štátnej správy, pričom pozostáva z tvorby paragrafového znenia návrhu zákona, pripomienkového konania (medzirezortného prípadne vnútrokomunitarného) a schválenia na úrovni vlády SR. Schvaľovacia etapa sa koná na pôde NR SR (predstavuje vlastný zákonodarný proces). Záverečná promulgačná fáza je spojená so signáciou schváleného zákona, vyhlásením v Zbierke zákonov a nadobudnutím účinnosti zákona.

⁶ Čl. 14 ods. 6 Legislatívnych pravidiel vlády SR.

⁷ Centrálnym administrátorom je Ministerstvo spravodlivosti SR.

- 1) zadanie základných údajov – názov, rezortné číslo, typ materiálu⁸...,
- 2) zadanie predkladateľa (kto konkrétne návrh materiálu predkladá),
- 3) sumarizácia a potvrdenie.

Následne sa samotný materiál na PPP vytvorí – primárne sa pridáva vlastný materiál spolu so sprievodnými dokumentmi⁹ (podľa typu materiálu sa potom rozlišujú jednotlivé povinné a voliteľné časti). V tejto fáze je dôležité zdôrazniť prácu so šablónami, ktorých potrebu si vynútila aplikačná prax (išlo o tie časti materiálu, ktoré boli najčastejšie nesprávnym spôsobom vypracované a ktorých jednotná štruktúra a vzhľad je nevyhnutný - Prostredníctvom šablón sa vytvárajú uniformné výstupy). Existujú dva druhy šablón

- a) formálne definované šablóny (obal dokumentu, uznesenie vlády, komuniké) – stačí vyplniť niektoré vopred definované parametre,
- b) voľné šablóny (napr. predkladacia správa..) – treba doplniť celý text sprievodného materiálu, avšak formu výstupného dokumentu už vygeneruje Portál.

Po následnom vytvorení kompletného vlastného materiálu spolu so sprievodnými dokumentmi sa posúva materiál do ďalšej fázy legislatívneho procesu do medzirezortného pripomienkového konania (ďalej len „MPK“).

Pri presúvaní materiálu sa stanovuje dátum začatia MPK, čiže je jeho spustenie možné nastaviť aj do budúcnosti. Ďalej sa určuje dĺžka trvania MPK - riadne (minimálne 15 pracovných dní) alebo skrátené (minimálne sedem pracovných dní). V prípade, že si predkladateľ zvolí skrátené MPK, musí to v PPP náležite odôvodniť avšak nikdy sa mu neumožní zadať kratšiu lehotu trvania MPK ako je, na základe Legislatívnych pravidiel vlády, povolená. PPP v nadväznosti na dĺžku MPK sám vygeneruje najskorší možný deň ukončenia MPK. Pritom zohľadňuje dni pracovného pokoja, štátne sviatky a pod., ktoré do lehoty nezaráta.

Po presune do fázy MPK môžu pripomienkujúce subjekty (povinne pripomienkujúcim subjektom spolu s ďalšími, ktoré predkladateľ označil ako pripomienkujúce, sa automaticky odošle oznámenie o začatí MPK pre konkrétny materiál) spolu s registrovanými užívateľmi vznášať pripomienky. Pripomienky vytvára pripomienkujúci subjekt

⁸ Teda určí sa, či sa jedná napr. o zákon, vyhlášku.. Pretože má každý typ materiálu vopred preddefinovanú vlastnú vnútornú štruktúru, ide o jedinú položku, ktorú nie je v neskorších štádiách legislatívneho procesu možné meniť.

⁹ PPP umožňuje jednoduchým spôsobom nahrávať dokumenty z pevného disku alebo iného úložiska do súborov na Portáli. Potom je s nimi možné pracovať a pridávať ich do materiálu napr. ako sprievodné dokumenty.

prostredníctvom webovej šablóny, kde sa okrem samotného textu pripomienky vyplní aj údaj o aký typ pripomienky sa jedná (zásadná/obyčajná) a ku ktorej časti materiálu sa vzťahuje. Pripomienky sú po odoslaní verejne prístupné (aj neregistrovaný užívateľ má možnosť si ich prezrieť).

Po ukončení MPK ponúka PPP predkladateľovi, ale aj ostatným užívateľom prehľadné vyhodnotenie pripomienok vo forme automatizovanej tabuľky (automaticky vytvorí názov, vypracuje zoznam oslovených subjektov, označí kto zaslal pripomienky, spočíta subjekty, ktoré zaslali, spočíta počet pripomienok a z toho koľko ich bolo zásadných...). PPP následne ponúkne predkladateľovi možnosť vysporiadania sa s pripomienkou. Ak ide o zásadnú pripomienku a predkladateľ ju neakceptoval, je vo vyhodnotení upozornený na konanie rozporového konania.

Po odstránení rozporov sa materiál v PPP presunie do ďalšieho štádia, pričom sa celý zazipovaný materiál automaticky odosiela do podateľne Úradu vlády SR.

Skúsenosti s používaním PPP

Pri tomto bode je dôležité poznamenať, že vedľa seba existujú od počiatku 2 verzie Portálu právnych predpisov – ostrá (<https://lt.justice.gov.sk>) a testovacia verzia (<https://lt.justice.sk>), medzi ktorými nie sú rozdiely. Prostredníctvom testovacej verzie je možné si odskúšať fungovanie systému bez toho, aby sa od používateľa reálne odoslali akékoľvek dáta. Tieto zmeny nebudú pre ostatných používateľov viditeľné, slúžia len na testovanie.

PPP priniesol do legislatívneho procesu v Slovenskej republike modernizáciu, ktorá bola nevyhnutná. Do budúcnosti predstavuje vynikajúci základ, ktorý je možné postupne obohacovať o nové prvky (počíta sa napr. s viacerými jazykovými mutáciami, napojenie na elektronickú Zbierku zákonov SR a pod.).

Jednoznačne kladne treba hodnotiť fakt, že jeho obídienie, v zmysle novelizovaných Legislatívnych pravidiel vlády Slovenskej republiky, je prakticky vylúčené. Predmetné pravidlá s Portálom počítajú ako s jediným miestom vykonávania MPK.

Verejnosť sa do MPK postupne zapája v čoraz väčšom počte a prejavuje tým svoj záujem o legislatívny proces. Ide zväčša o legislatívu, ktorá sa konkrétnych subjektov priamo dotýka. Pripomienky môžu vznášať len registrovaní používatelia, avšak ich meno sa predkladateľovi nezobrazí. Takisto môžu byť na základe žiadosti o registráciu registrované aj právnické osoby, ktoré budú môcť podávať pripomienky pod svojim obchodným

menom (zväčša ide o veľké firmy ako SPP alebo Západoslovenská energetika a pod.).

Pre zaujímavosť: Doteraz najväčší počet pripomienok bol vznesený k materiálu NBÚ – cca 990 (nakoniec neprešiel do ďalšieho štádia, keďže sa predkladateľ nevysporiadal s obrovským množstvom pripomienok). V posledných dňoch však bol tento primát NBÚ odobraný, keďže bol prekonaný materiálom - „Návrh zákona o liekoch a zdravotníckych pomôckach“. Ide o významný dokument z dielne Ministerstva zdravotníctva SR, ku ktorému bolo predložených spolu 1043 pripomienok, z toho 407 zásadných (220 stranový návrh zákona, odoslané pripomienky mali v súhrne 254 strán!). Bude veľmi zaujímavé sledovať, či procedúra verejného pripomienkovania takýto návrh „nepotopí“.

Štatistické ukazovatele PPP

Počet užívateľov registrovaných na PPP k 13.4.2011:	20 992
Počet materiálov na PPP k 13.4.2011: (jeden materiál)	3815
Počet pripomienok k 13.4.2011:	134 898
(systém v databáze nerozlišuje klasické pripomienky a hromadné pripomienky)	
Počet zaregistrovaných inštitúcií k 13.4.2011:	1001

Prístup na stránky:

Január/2011

Počet dotazov na stránky (celkovo):	12 634 662
z toho úspešné žiadosti na server:	63 515

Február/2011

Počet dotazov na stránky (celkovo):	12 083 309
z toho úspešné žiadosti na server:	59 909

Marec/2011

Počet dotazov na stránky (celkovo):	18 278 310
z toho úspešné žiadosti na server:	213 617

Rokovanie poradných orgánov vlády SR a vlády SR

V ďalšom štádiu legislatívneho procesu sa materiál, ktorý už bol upravený podľa výsledkov pripomienkového konania (zmena sa robí priamo na PPP), presúva na rokovanie poradných orgánov vlády SR a vlády SR. Na podateľňu Úradu vlády SR sa elektronicky doručí prostredníctvom PPP. Zaslanie materiálu v elektronickej podobe sa vykoná jednoduchým presunutím materiálu do štádia: „Odoslané na rokovanie poradných orgánov vlády SR“ a následne „Odoslané na rokovanie vlády SR“.

Vláda SR zasadá pravidelne v stredu a program svojich rokovaní zverejňuje s časovým predstihom. Ten ostáva natrvalo zverejnený. K programu sa následne doplnia všetky záznamy a uznesenia z predmetných rokovaní. Všetky informácie sú voľne prístupné na stránke www.rokovania.sk

Národná rada SR a digitalizácia legislatívneho procesu na jej pôde

Po tom ako bol materiál odsúhlasený vládou a na jeho konečné schválenie je potrebné prerokovanie a súhlas NR SR, presúva sa elektronicky (ale aj fyzicky) do podateľne Kancelárie NR SR (skutočnosť posunu v legislatívnom procese sa vyznačí v PPP ako „odoslané na rokovanie NR SR“). Legislatívny proces je prostredníctvom nedávno zmenenej internetovej stránky NR SR spracovaný veľmi prehľadne.

Pomocou čísla parlamentnej tlače alebo časti textu je možné vyhľadať akýkoľvek materiál, ktorý sa nachádza alebo nachádzal na rokovaní NR SR (<http://www.nrsr.sk/default.aspx?sid=zakony/sslpl>). Pri každom materiáli sa zobrazuje jeho aktuálna verzia, pozícia a postup v legislatívnom procese (sú zobrazené jednotlivé čítania, rozhodnutia, text pozmeňujúcich návrhov atď.).

Zároveň je verejnosti prostredníctvom internetovej stránky umožnený prístup k priamemu prenosu z rokovania NR SR. K nahliadnutiu je prístupný aj textový prepis alebo audiovizuálny záznam z predchádzajúcich rokovaní NR SR (podľa schôdzí, rečníkov..).

Vízie na rozvoj do budúcnosti

Legislatívny proces je v SR digitalizovaný prakticky od úvodnej tvorby právneho predpisu (EPP) až do momentu jeho publikácie (JASPI).

V prípade záujmu je tak možné jednotlivé materiály sledovať¹⁰ počas celého legislatívneho procesu a kontrolovať zmeny v jednotlivých štádiách prerokovania.

S narastajúcou databázou prerokovaných dokumentov bude narastať cennosť tohto komplexného systému. Materiály sa z webových stránok nesťahujú a úložný priestor postupne narastá. Takto sa v budúcnosti bude dať dopátrať nielen k jednotlivým vlastným materiálom a procesom, ktoré ovplyvňovali ich vznik, ale aj k sprievodným dokumentom, akými sú napr. dôvodové správy, doložky vplyvov a pod.

Samotný JISS však nie je ani zďaleka dokonalý a sú v ňom potrebné postupné zmeny a vylepšenia. Základnou snahou je už spomínané vytvorenie všeobecne záväznej elektronickej Zbierky zákonov Slovenskej republiky ako záverečnej bodky schváleného materiálu – v súlade s úlohami Ministerstva spravodlivosti SR sa predpokladá naplnenie tejto úlohy v časovom horizonte 1-2 roky. Víziou je, že táto elektronická zbierka má pracovať s úplnými zneniami (tie budú všeobecne záväzné) – podobný systém sa uplatňuje v niektorých štátoch Európy, kde v zbierkach zákonov vychádzajú výlučne úplné znenia zákonov.

Okrem tejto hlavnej snahy existuje množstvo ďalších oblastí, ktoré sa majú potenciál sa zlepšovať – napr. pridať viaceré jazykové mutácie, zlepšiť užívateľské prostredie PPP a EPP, viac priblížiť PPP verejnosti. V prípade EPP je to aj snaha zapracovať nové funkcie pre legislatívnych pracovníkov, pričom by EPP ponúkol doplňujúce informácie k právnemu predpisu, ktorý je v legislatívnom procese, napr. vysvetľujúce komentáre k jednotlivým ustanoveniam právneho predpisu a pod.

V závere je možné zhodnotiť digitalizáciu legislatívneho procesu v Slovenskej republike ako jednoznačne pozitívny prejav snahy priblížiť procedúru tvorby všeobecne záväzných právnych predpisov širokej verejnosti. Zároveň sa ňou znemožnilo obchádzanie legislatívnych pravidiel, zaviedla sa úspora finančných prostriedkov, sflexibilnila a stransparentnila sa postupnosť jednotlivých procesných úkonov, čo bolo zámerom každej vlády SR, ktorá sa na vývoji tohto pozoruhodného projektu podieľala.

Literature:

DRGONEC, J. Ústava Slovenskej republiky - Komentár, 2 vydanie. Šamorín: Heuréka. 2007

¹⁰ PPP dokonca ponúka možnosť odoberať informácie o legislatívnom toku vo formáte RSS do webovej či klientskej čítačky.

KNAPP, V. Tvorba práva a její současné problémy. Praha: Linde. 1998

PRUSÁK, J. Teória práva. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK. 1995

SVÁK, J., CIBULKA, L. Ústavné právo Slovenskej republiky, osobitná časť, 4. vydanie. Bratislava: Eurokódex. 2009

SVÁK, J., KUKLIŠ, P. Teória a prax legislatívy. Bratislava: Eurokódex. 2009

Internet sources

Návrh zmien predpisov v nadväznosti na pripomienkové konanie k materiálom vlády SR v súlade s dokumentom Audít z 13.06.2001. Dostupné na internete (dňa 30.04.2010): <http://www.rokovania.sk/Rokovanie.aspx/BodRokovaniaDetail?idMaterial=13431>

Zhodnotenie systému pripomienkového konania a návrhy na jeho zlepšenie z 27.04.2005. Dostupné na internete (dňa 30.04.2010): <http://www.rokovania.sk/Rokovanie.aspx/BodRokovaniaDetail?idMaterial=14455>

Analýza východísk a praktických možností vytvorenia jednotného informačného systému na sledovanie legislatívneho procesu z 14.02.2007. Dostupné na internete (dňa 30.04.2010): <http://www.rokovania.sk/Rokovanie.aspx/BodRokovaniaDetail?idMaterial=10467>

Záverečná správa k projektu Jednotný informačný systém na sledovanie legislatívneho procesu z 20.02.2008, Dostupné na internete (dňa 30.04.2010): <http://www.rokovania.sk/Rokovanie.aspx/BodRokovaniaDetail?idMaterial=12600>

Contact – email

kamilbaranik@gmail.com, kamil.baranik@flaw.uniba.sk

COMMUNICATION OF LAW AND ACCESS TO COURTS

TEREZIE SMEJKALOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University Brno

Abstract in original language

This paper will target the issue of legal procedures and their accessibility for a common layman. With the omnipresence of the Internet, the question of communication of law acquires a new platform. Legal firms and other private entities offer their own reproduction of the legal texts, restating law in a more (?) accessible language. One must ask why this common practice has not reached the institutions of the Czech Republic. There is a lack of information on how to access the courts, how to file a claim. state/government should feel responsible to (successfully) attempt to communicate the law to laypersons.

Key words in original language

legal language, due process, Internet, on-line availability of law

Abstract

This paper will target the issue of legal procedures and their accessibility for a common layman. With the omnipresence of the Internet, the question of communication of law acquires a new platform. Legal firms and other private entities offer their own reproduction of the legal texts, restating law in a more (?) accessible language. One must ask why this common practice has not reached the institutions of the Czech Republic. There is a lack of information on how to access the courts, how to file a claim. state/government should feel responsible to (successfully) attempt to communicate the law to laypersons.

Key words

legal language, due process, Internet, on-line availability of law

1. INTRODUCTION

Over the history of jurisprudence, there have been great many approaches as to what law is, what law should be and what is its relation to the professional audience/users as well as the lay public. One of the recurring issues has been the question of understandability of the forms in which the law(s) is (are) to be found. The 20th century has brought language and law into close consideration. The language of law has become the object of numerous analyses, critiques and consequently, attempts on reform. Especially the English language law environment witnessed the birth and

flourishing of various “plain language” campaigns and movements, fighting for a more accessible language used for communication between the government and citizens.

The law and the society (hereby understood as the sum of professional and lay public) are interconnected and one cannot be fully understood without the other.¹ For law to be able to regulate the life of a society effectively, it has to be duly communicated to its addressees. As Lon Fuller explains when defending his idea of “morality” of law, without proper communication to the addressees, a rule loses its character of law or of order of any kind.² Therefore, a question of real effectiveness of law is also a question of language and successful means/channels of communication.

The development of the Internet and search engines such as Google, have changed our information-seeking habits.³ We no longer tend to contact the institutions directly and ask for information; we have learned to consult the Internet first to see what is already available. Furthermore, people do not try to look for the website of the institution, they use the search engines and tend to pose questions as if asking a person, not as if looking for an entry in an encyclopaedia. The change of the medium that carries the information entails the need to change the style of how the information is presented.

I do not wish to address here the issue of the language of law as such: my concern here is not purely the one of the plain language campaigns but rather that of the nature of the relatively new medium of the Web and its relation to the communication of law. Thus, this paper focuses on the problem of practical accessibility of law and its consequences for the access to courts. The concept of accessibility may be divided into two main parts: physical accessibility (the laws have to be made available somewhere; matter of accessibility of this “place”) and the communicative accessibility (the code of the communication of the laws should be understandable).

This paper addresses these two related parts: the issue of the place where the information is to be found and the style in which it is offered to the lay inquirer. Consequently, it discusses the issue of due communication of law in relation to the access to justice.

¹ This is rather an approach of the sociology of law than legal positivism. But even legal positivists acknowledge that the sources of the positive law are people in the form of a law-making body.

² Fuller, L.L. Fuller, L. L. Positivism and Fidelity to Law – a Reply to Professor Hart, 1958 in 71 Harv. L. Rev. 630, p. 644..

³ See Susskind, R. *The End of Lawyers?* Oxford: OUP, 2008, p. 69 while drawing on Battele, J. *The Search*. Portfolio, 2006.

2. WHERE IS THE ANSWER TO MY QUESTION?

In the Czech Republic, the official source of law is the printed *Sbírka zákonů* (Collection of Laws), available to be looked into at various state institutions as well as online. The printed version of the Collection is the official means of promulgation and it entails various legal consequences for the validity and force of the laws thus published, so it seems understandable that the online version is deemed to be only subordinate to the printed one. The “counterpart” of the Collection of Laws available at the website of the Ministry of the Interior is not *THE* Collection of Laws.⁴ But in nowadays information society with the omnipresence of the Internet, the online availability of rules that bind the state and the society is crucial. Although the Collection is available online, there are only limited ways of how to search in it but to open each and every issue of it.⁵ The government-provided access to the Collection does not answer the needs of an average layman searching for the solution of his problem.⁶

3. DO I UNDERSTAND THE INFORMATION THUS PROVIDED?

Online availability is not enough: if the rules are communicated in a language only few laymen are able to decode, the communication has not been successful.⁷ The Internet is not a medium of long texts. An average person searching for information online is not prepared to read long unstructured texts. He is used to “click on hyperlinks, experience multimedia, and add notes and share passages with others.”⁸ With the development of new technologies, people seem to read differently.⁹ This is a question that is closely related to what the Plain Language movements try to address: the layperson seeking information about the law has different experience and searching habits from the ones of a lawyer. Furthermore, he or she is most likely not acquainted with the specialist terminology of the

4 § 12 of the 309/1999 Sb. provides 1) *Ministerstvo vnitra zveřejňuje způsobem umožňujícím dálkový přístup* 3) *stejnopis Sbírky zákonů vydávané po 4. květnu 1945 a Sbírky mezinárodních smluv*. 2) *Stejnopis Sbírky zákonů a Sbírky mezinárodních smluv podle odstavce 1 se nepovažuje za Sbírku zákonů a Sbírku mezinárodních smluv*.

5 Portál veřejné správy České republiky (portal.gov.cz) provides a basic search feature within the statutes present in their database.

6 Not to mention the question whether the inquirer even knows about the existence of the Collection and whether such knowledge is to be regarded as a basic social skill or not.

7 Similarly Fuller, L.L. in *supra*.

8 Tiersma, P. M. *Parchment, Paper, Pixels. Law and the Technologies of Communication*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2010, p. 4.

9 Tiersma, P. M. *ibid*; and Carr, Nicholas. *Is Gogole Making us Stupid?* Atlantic, July/August 2008, p. 56.

statutes nor is she acquainted with the idiosyncrasies of the system of the law.

Although the law is supposed to regulate the societal elements indiscriminately, the texts of law have basically two audiences: the lawyers (i.e. people skilled in a special professional jargon and educated in terms of understanding legal concepts) and the laypersons (i.e. addressees of the particular command). We seem never to question the understandability of the legal language to the legal practitioners.¹⁰ We question the legal language in relation to the laypersons. The question that arises at this point is what kind of problem we are actually facing here: can we discuss the accessibility of law for laypersons separately from the accessibility of law for the professionals? Or, is the nature of legal language given by the complexity of the law itself and does this question become a matter of actual possibility of communicating the highly complex legal concepts to the layperson. To discuss this matter in depth is out of the scope of this paper.

Plain language movements are largely layperson-oriented and pursue a simple agenda: law should be communicated clearly, effectively and precisely.¹¹ They emphasise that whatever “plain” may mean, it should not be understood as vulgarized or devaluated. What passes as a clear, plain language should match the reading skills of the audience. The term “reading skills” should be understood in a wider sense here: It should comprise not only the vocabulary to be comprehended (which is a complicated enough matter to be covered here) but also the expectations and familiarity with the technical features available and expected of an online text.

In general, writing allows structuring and subject indexing, features designed to make the text more accessible. The computer technology takes these features further by enabling e.g. hyperlinks. A Collection of laws without utilizing these features becomes quite futile for a truly useful usage. The lawyers themselves only rarely use the actual copies of the Collection (if ever), and tend to rely on commercial databases providing interlinked texts of laws and in addition hyperlinks (or at least citations) to case law or doctrinal publications.

10 And as David Mellinkoff has recognized, on the level of communication between lawyers (as between any professionals) the use of jargon is fine. See Mellinkoff, David. *The Language of the Law*. Oregon: Resource Publications, 1963.

11 Compare Schooner, S. L. *Communicating Governance: Will Plain English Drafting Improve Regulation?* – review. In 70 *Geo. Wash. L. Rev* 163 2002, p. 168.

Plain language proponents stress the importance of several core stylistic issues to be implemented when drafting legal regulation, such as:¹²

- question and answer format
- short paragraphs
- informative headings.

For online communication of law may be added:

- technical ensuring to be displayed among the first results in Internet search engines
- use of hyperlinks where appropriate
- the 2-click rule
- use of other Web 2.0 practices where appropriate

4. ACCESS TO COURTS/JUSTICE

The right to a fair trial is recognized as one of the fundamental rights (see Art. 6 of the European Convention of Human Rights or Art. 36/1 of the Czech Charter of Fundamental Human Rights and Freedoms). It is a highly complex right comprising not only the fairness of the trial itself but also the issues of the access to courts or the right to a free legal help.¹³

According to Richard Susskind, access to justice should encompass also the offer of access to the opportunities that the law provides.¹⁴ *“How can citizens be presumed to know the law, if its contents are not accessible?”*¹⁵ This “accessibility” must be understood not only as physical but also as communicative accessibility.

12 Compare Schooner, S. L. *supra*, pp. 172-175 when discussing Murawski’s ideas. Similar propositions may be found eg. Plain Language Association InterNational at <http://www.plainlanguagenetwork.org/Legal/>.

13 See for example the decision of the Constitutional Court of the Czech Republic No. I. ÚS 669/03 taken on 31st March 2004 (N 47/32 SbNU 441) , judgement Delta vs. France taken on 19th December 1990 or F. C. B. vs. Italy taken on 28th December 1991.

14 Susskind, R. *The End of Lawyers?* Oxford: OUP, 2008, p. 232.

15 Susskind, R. *The End of Lawyers?* Oxford: OUP, 2008, p. 255.

I believe the fairness in accessing the courts/justice includes also a matter of the appropriate communication of law: The individual has the right to find out about possible measures the law allows him or her to use, among them the right to file a claim to the court. The rules of procedure set by the law of the Czech Republic take the form of a statute, thus published in the Collection and made available online. But here we face still the same problems: legal language, special structuring, interconnectedness to other statutes only the lawyers are taught to understand. But the same requirements for an effective communication of law should apply to the rules of procedure.

Susskind, who has co-operated in the reforming of the judiciary in the United Kingdom, names accessibility of law as one of the building blocks of access to justice: “source materials and case law should be easily accessible and digestible through non-cost (to users) legal information systems.”¹⁶ A couple of such sophisticated information systems that contain up-to-date legislation, allow hyperlinks among and within statutes, links to case-law, literature are available commercially. But even if they were available for free (and such is the requirement that must be formulated with respect to due communication of law) they are still encoded in legal language. The layperson seeking advice does not care for theories behind a precedent or a particular statutory interpretation; Susskind asserts that a common citizen needs different tools, because “they want quick, cheap, punchy, practical, and jargon-free guidance.”¹⁷ To a certain degree, the English governmental Internet portal www.direct.gov.uk (which I would like to use as an example of good practice here) tries to communicate the law to the laypersons in this way through a system of structured, Q&A formatted texts with links to related documents, forms etc. The Czech Republic is far from that. Although there have already been attempts to provide information on law by the governmental websites,¹⁸ there seems to be a significant lack in providing the information on how to access the courts, how, where and when to file a claim, what are the basic timeframes to be followed.

16 Susskind, R. *The End of Lawyers?* Oxford: OUP, 2008, p. 237.

17 Susskind, R. *The End of Lawyers?* Oxford: OUP, 2008, p. 261.

18 See the website of the Ministry of the Interior and its “Citizen at the Administrative Bureau” section, containing basic information on certain matters when a layman needs to deal with the governmental agencies. Yet the information thus provided are related solely to administrative affairs (such as marriage, civil partnership, obtaining citizenship etc.). Furthermore, these information do not fulfil the 2-click rule as they are to be found rather deep in the structure of the Ministry’s website. The style of the information provided tries to make use of structuring and a near question and answer format. Still, the very language used is for most part only copied from the related statutes, retaining the passive voice and long sentences. See <http://www.mvcr.cz/ministerstvo-vnitra-ceske-republiky.aspx>. In defence of this service may be added that it makes use of hyperlinks and when searching for the information by e.g. Google, the links to the Ministry’s website are displayed among the first ones.

Furthermore, with the exception of the supreme courts and the Constitutional Court of the Czech Republic, there is a serious lack of comprehensive Internet use in order to communicate information on the judiciary and on how to access it. The website on courts accessible from the website of the Ministry of Justice¹⁹ contains only the basic contact information, such as addresses and telephone numbers. Comparing to the practices known from other legal systems, such as the English one,²⁰ this may seem more than inadequate.

My point here is not that the language of the legislation itself should be vulgarized or in other ways simplified (that is a different question which I do not discuss here). Neither do I criticize the fact that the majority of law-related information on the Web is provided by private entities (law firms, civic associations...). What I seek to stress is that the state/government should feel responsible to (successfully) attempt to communicate the law to the laypersons. The simple promulgation of laws by means of the Collection of Laws is no longer sufficient: even lawyers themselves no longer use its printed versions as sources of legal information. The mere online accessibility (as it stands today) is but a first step on a long journey whose directions are discussed by other authors such as Peter Tiersma or Richard Susskind²¹ and must not remain the last one; the very core of legitimacy of law and its institutions is at stake here.

Whether or not the language of the legislative drafting changes, the language of communication of law to its addressees becomes crucial. When it comes to the rules of the access to courts, the rules of procedure, this issue acquires further dimensions: inadequately provided information may fall under the scope of denying “legal help” and thus infringing the individual’s right to access the courts. Consequently, the overall image of the judiciary suffers. Inadequately communicated rules of procedure and related regulation may be seen as at least problematizing the access to courts and thus infringing the individual’s right to a fair trial.

19 See the website of the Ministry of Justice at www.ministerstvo-spravedlnosti.cz.

20 Her Majesty’s Court Service <http://www.hmcourts-service.gov.uk/>, from the 1 April integrated with the Tribunals Service, with all the information now accessible at <http://www.justice.gov.uk/about/hmcts/index.htm> and at <http://www.direct.gov.uk>. These websites contain the procedure rules as well as the general guidance, indexed alphabetically and allowing fulltext search.

21 Susskind, R. *The End of Lawyers?* Oxford: OUP, 2008 and Tiersma, P. M. *Parchment, Paper, Pixels. Law and the Technologies of Communication.* Chicago and London: The University of Chicago Press, 2010.

5. CONCLUSIONS

Fuller's requirement of adequate communication of law to its addressees is no novelty; it has been a matter of principle. Without understandable communication, law cannot fulfil its regulative function.²² During the reign of Maria Theresia, the "buta ember's" (a common man of average intelligence and basic education) task was to read the draft statutes and later re-tell its contents in front of a committee. If his testimony did not correspond with the actual content of the proposed statute, such a statute was re-drafted.²³

The means of communication of law used must reflect the changes in the society. When the majority of the society was illiterate, the king's messengers walked from village to village "promulgating" the king's will = laws. Nowadays, when the majority of the society is used to electronic communication, it would be irresponsible not to adjust the means of communication accordingly. The right to a fair trial (of which the right to access to justice is a principal one) is at stake when the communication of practical information of how to access courts and the rules of procedure remains hidden behind a veil of inadequacy of the current form of the Collection of Laws.

Without taking into consideration the actual words/terminology used for communication of law, the existence and the nature of the Internet entails different needs and expectations, among others the text-structuring and technical features.

Literature:

- Cao, D. *Translating Law*. Clevedon: Multilingual Matters, 2007.
- Fuller, L. L. *Positivism and Fidelity to Law – a Reply to Professor Hart*, 1958 in 71 Harv. L. Rev. 630.
- Holländer, P. *Paradox právního jazyka*. Dostupné z <http://www.juls.savba.sk/ediela/ks/1995/6/ks1995-6.html#paradox-pr-vneho-jazyka>

22 Cao, Deborah. *Translating Law*. Clevedon: Multilingual Matters, 2007; Holländer, P. *Paradox právního jazyka*. Dostupné z <http://www.juls.savba.sk/ediela/ks/1995/6/ks1995-6.html#paradox-pr-vneho-jazyka>.

23 See Holländer, P. *Paradox právního jazyka*. <http://www.juls.savba.sk/ediela/ks/1995/6/ks1995-6.html#paradox-pr-vneho-jazyka>

- Mellinkoff, David. The Language of the Law. Oregon: Resource Publications, 1963.
- Schooner, S. L. Communicating Governance: Will Plain English Drafting Improve Regulation? – review. In 70 Geo. Wash. L. Rev 163 2002
- Susskind, R. The End of Lawyers? Oxford: OUP, 2008
- Tiersma, P. M. Parchment, Paper, Pixels. Law and the Technologies of Communication. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2010.

Contact – email

Terezie.Smejkalova@law.muni.cz

USABILITY OF E-GOVERNMENT WEBSITES, EVALUATION OF THE HUNGARIAN E-GOVERNMENT PORTAL

KRISZTINA SZERÓVAY

ELTE, Faculty of Law, Hungary

ABSTARCT

The aim of this paper is to show the growing importance of usability of e-government portals. It will focus on usability guidelines, the issue of accessibility – especially from the viewpoint of the screen reader users –, and gives an account of how to create usable forms and write for the web. The study examines the results of an evaluative usability test of the Hungarian e-government portal (www.magyarorszag.hu). The findings suggest that while the site provides a wide range of information and services, some work still needs to be undertaken in order to make it more user-friendly.

KEY WORDS

web usability; e-government; electronic public administration; web portals; web usability test; accessibility; information technology; best practice; usability guidelines; screen reader users; forms; ICT; Hungary; online legal information; online law database¹

INTRODUCTION

The Internet and the info-communication technologies are an integral part of the human society. On one hand, the public sector, the state appears on the Web, offers electronic services and information, databases to the citizens, on the other hand the private sector runs an important part of its business on the Internet. Concerning the public sector to fulfill the requirement of e-inclusion, to bridge the digital divide it is essential for the governments to develop websites, which can improve the citizens' lives, and serve them by providing electronic transactions. For the private sector – for example: law firms, online legal consulting, online legal advice services – it is out of question that it is inevitable to present themselves on the Internet.

The rapid advances in the field of info-communication technologies had a huge impact on the global economy and efficiency of the private sector. In recent years, there has been an increasing necessity of implementing public sector services, interactions and transactions. Therefore a significant expectation has appeared towards the governments to keep abreast with developing information society.

As the e-government portals serve as gateways to access information and services managed by the states, it is becoming increasingly difficult to ignore the issue of usability, and the findings of usability experts and researches. The e-government portals need to be usable, user-centered, in other words: easy to use by every citizen, including people with disabilities.

This paper has been divided into two main parts. The first part deals with some aspects of usability (for example how to write for the web, design good web forms) and accessibility, while the second part examines the findings of an evaluative usability test of the Hungarian e-government portal, providing some recommendations to help the developers to make the site more user-friendly.

¹ © Krisztina Szeróvay, 2011, contact: krisztina@szervay.hu

I. USABILITY OF E-GOVERNMENT WEBSITES

I.1. WEB USABILITY – DEFINITION, FUNDAMENTALS

Reviewing the related literature, the most frequently cited definition of usability is the following: “The extent to which a product can be used by specified users to achieve specified goals with effectiveness, efficiency and satisfaction in a specified context of use.”² To apply it for websites, Nielsen (2003) states that “usability is a quality attribute that assesses how easy user interfaces are to use.”³ According to Nielsen’s definition, usability refers to: learnability (the factor of understanding the behavior of the site), efficiency (how effective the user is in completing the tasks), memorability (if the page is usable, the users do not have to learn how to accomplish tasks again, when they return after a certain period of time), errors (the number of errors should be low, and in case of an error, the users should be able to recover easily from the errors), satisfaction (this element refers to the satisfaction of the users).

Krug (2006) claims that the most important advice that someone who wants to make a website easy to use should take is: „Don't make me think”. It means that a website should be self-evident, obvious. The user should be able to „get it”. However, he reminds us that in some cases, if a site is highly complicated – a good example for this is an e-government site –, the goal to achieve is to make the page self-explanatory. It means that it will cause a small amount of mental effort, but still easy to use. He underlines the importance of being self-evident, or at least self-explanatory, since every content on the Internet is competing for the users attention. If a site looks good, and designed well, the users will devote their time to „look around”.

Considering an e-government site, to apply this idea, to try to be self-explanatory is inevitable for two reasons. One reason is that the state, the government should establish a credible website, and provide useful and efficient services, transactions, and information to its citizens. In doing this, it should avoid to make the user frustrated. In addition, people often underestimate the capabilities of the government’s website. Therefore, it should be a priority to persuade the citizens to use the online services and transactions, because it can make the government and the public administration more efficient. By building a user-friendly website, people will choose to contact with the government electronically, rather than using a phone or doing transactions by going to the authority in person. The second reason for constructing a self-explanatory website is that if users like using it, their satisfaction and good impression may cause them to run a business, or to discover some regulations, so it can result in the increasing of the competitiveness of the country, and maybe it may make the citizens aware of more and more law rules.

I.2. USABILITY GUIDELINES

Applying usability guidelines is like “standing on the shoulders of giants”: it means that in constructing a website, one should take advantage of rules that are proved to be effective. There are many kinds of guidelines published on the Internet. For instance, Nielsen (2001) established 113 guidelines on how to construct homepages, and arranged them in to topics, such as: Communicating the Site’s Purpose; Content Writing; Revealing Content Through Examples; Links; Navigation; Search; Graphic Design; Welcomes.

² Source: http://www.usabilitynet.org/tools/r_international.htm (Available: 19.04.2011.)

³ Source: <http://www.useit.com/alertbox/20030825.html> (Available: 19.04.2011.)

Some examples of Nielsen's (2001) guidelines are the following: the links should be differentiated and scannable; the primary navigation of a site should be placed on a highly noticeable part of the page; and over-designing a site should be avoided, because too many font styles, other text formatting and design-elements can detract the user's attention from the main message of the content. An example of an e-government website using too much graphic design is the government site of the Taiwan.⁴

Generally, it is important to follow the conventions (Nielsen (2004), Krug (2006)). For example it is a convention that if something is blue and/or underlined then it is clickable, it is a link. The users may get frustrated if they are clicking on text appears like a link, but it does not navigates anywhere, since the color and the underlining are only font styles, part of the design.

Not only usability experts, but governments publish usability guidelines to make the public administration's agencies designing more user-centered pages, and to make the private sector's performance better, and as a result, foster the competitiveness of the whole country. For example the U.S. Department of Health & Human Services manages a U.S. government website on usability: the www.usability.gov. On this page there is even a downloadable book about usability guidelines⁵. Another example is the Government of Tasmania, which also provides advice on usability matters.⁶ It includes a very descriptive truth about the characteristic of a complicated website: "A web site is like a dark multi-roomed mansion where the user can enter at any level and must then not only understand where they are but move to the actual room (web page) that contains what they want – navigation and consistency of approach across your entire web site are critical –".

I.3. USER FRIENDLY WEB FORMS

Creating forms easier to use is extremely important in the area of e-government. To make the citizens' lives easier, to develop an e-democracy, it is not avoidable to offer a wide variety of online forms. There is a very detailed book on this topic called "Forms that work", it can be useful not only for those who work in the public sector or public administration, but for those who have any kind of form on their legal website.

To quote the authors of this book: „We've done a lot of work on government forms, and we've noticed that people don't like them before they've even seen them. They don't even like the idea of having to tackle forms.” Jarrett et al. (2008) introduced the concept of three layers of the form.

The first layer is called "*relationship*", which indicates the interaction between the creator of the form, and the person, who is using it. A recommendation – given by the authors – related to this layer is for instance that one can persuade people to answer with reducing social costs. It means that a form should be short, and it should contain a status indicator to make the users feel that they are in control of the filling process.

The second layer is about "*conversation*", which includes the way of how the form interacts with the users. As an example, it covers the method of grouping the information logically. As a recommendation, the authors suggest that one should write useful instructions,

⁴ <http://www.taiwan.gov.tw/mp.asp?mp=999> (Available: 23.04.2011.)

⁵ In: www.usability.gov: [The Research-Based Web Design & Usability Guidelines](#) (PDF, 20.64 MB) (Available: 23.04.2011.)

⁶ http://www.egovernment.tas.gov.au/web_publishing/creating_and_maintaining_a_website/web_guidelines (Available: 23.04.2011.)

and in doing this, plain language should be applied. The term of plain language⁷ refers to a kind of communication, which is understandable for the receiver for the first time of listening or reading.

The third layer consists of the “*appearance*” of a form, which involves the colors, the organizing of the elements (for instance fields), and in general the overall looking of it. One guideline set by the authors is to take care of details, for example the design and the font style should assist the legibility of the content. It implies that in constructing the form, the rules of typography should be applied. For instance, it is a proved fact that the sans-serif fonts, such as Arial, Helvetica, Tahoma, Verdana are more legible on the screen.

I.4. HOW USERS READ ON THE WEB

In fact, most users never read on the web, instead, they are scanning the sites, glancing across the content of it. Nielsen (1997) found, that 79 % of the users always scan the pages, while only 16 % of them read every word of the text. Moreover, Nielsen (2008) estimated the time users spend with every additional 100 words, and he identified that it is 4.4 seconds, it means, that counting with the reading speed of higher literacy users (250 words per minute), the users will read only 18% of this additional part.

Another interesting finding of Nielsen (2008) is that there is connection between the amount of text on a page, and the amount, which users willing to read. He found that the curve indicating this connection is rapidly declining: on a page, that contains 111 words or less, the users will read half of the content. On a page, which displays 593 words (that was the average in Nielsen’s research), the visitors will read 28 % of it. The implication of these findings is – as Nielsen argues – that “If you target a broader audience (...) you’d be wise to put your word count on a strict diet.”

To analyze how users read on the web, the concept of „F-shaped pattern” should be examined. Eye-tracking⁸ studies (for example: Nielsen (2006, 2009)), show that the average user’s reading pattern is the following: two horizontal, and one vertical stripes. It means, that after entering a page, users first scan through the lines of text at the top of the page, then they restart this process after jumping down some lines, and finally they glance at the left side of the screen, scanning through the starting words of each lines. However, it needs to be noticed, that the number of horizontal movements can vary: sometimes users make a third horizontal stripe, making the pattern look like an „E”, other times they just scan through once, making the pattern look like an „inverted L” These patterns appear on a picture called heatmap, in which different colors indicate where users looked most. Usually, the red color shows the most viewed areas, then yellow is for fewer glance, blue indicates the fewest, while grey areas show the „invisible” parts of the page (Nielsen 2006). Jarrett et al. (2008) published a heatmap of a form. They found that users looked most at the labels and fields of the form (and almost never scanned the rest of it), and demonstrated that the participants read the left end of the fields.

Another interesting finding is mentioned by O’Connell (2010), who refers to a research conducted by Nielsen, in which the impact of the word formatting was investigated. The findings of this research showed that although the users scanned the information carried by big red letters, they actually did not read it.

⁷ The U.S. government published even a list of words that should and should not be used: <http://www.plainlanguage.gov/howto/wordsuggestions/simplewords.cfm>

⁸ A generally accepted definition of Eye-tracking: a method observing what the user looking at, and measuring the movement of the eye relative to the head. (Source: http://en.wikipedia.org/wiki/Eye_tracking, Available: 02.05.2011)

Accordingly, several implications of the above-mentioned studies can be stated. Firstly, it shows that the visitors do not read the content of a page, instead, they scan it through. Secondly – as a consequence of the two horizontal stripes – the first two section of the text should contain the main message. Thirdly, – implied by the vertical stripe of the „F” – every paragraph, section or article should be constructed in a way that the most important words are in the beginning of the lines of text (Nielsen 2006). As for the findings of the eye-tracking study concerning filling in forms, it needs to be remembered that the labels should be placed on the left side of the fields (Jarrett (2008)).

Considering an e-government site, these implications help to construct the information-carrying pages. Using these guidelines, the users can save some time by finding the information quickly, and it can make them satisfied, and make a good impression on them, which can result in increased credibility of the state's services.

Another aspect of reading on the web is the reading behavior of the lower-literacy users. Dealing with lower-literacy users is important when designing an e-government website. Since the target audience of an e-government page is the whole population of the country, the states should construct a portal, which is usable and understandable even for the lower-literacy users. It helps to bridge the digital divide, and accelerate the inclusion of these people.

The term „lower literacy” is not equivalent to „illiteracy”, since lower-literacy users are able to read, but it is not easy for them, they encounter problems. To sum up this issue, there is an inconsistency between the reading level of a significant part of the population, and the level of the texts on the Internet. Summers et al. (2004) point out that the half of the American citizens read at the eighth grade level, or even below, while the webpages usually contain information written at least at the twelfth grade level. Nielsen (2005) indicated that the reading behavior of the lower-literacy users is completely different from the behavior of higher-literacy users. The above-mentioned scanning-rule cannot be applied for them, instead of scanning they plow the text, which means that they have to go through each word to understand it.

It implies a narrower field of view, and has other important consequences. For instance, if a page contains a big wall of words, these users have two choices: they can read it through in a word-by-word manner, or completely avoid it, there is no other option. Similarly, on a search engine result page, these users have difficulties in choosing the results which are most suitable for their needs. In fact, they usually choose some of the first results, since they are not patient enough or do not have time to read through each line. In addition, they often have difficulties in interpreting the search results, because a search engine sometimes produces results not really related to the query terms. Moreover, lower-literacy users can have problems even at the starting point of a search, since it can be difficult for them to spell the query terms properly (Nielsen (2005)).

In order to make a website more usable for lower-literacy users, the following should be considered. Nielsen (2005) indicates some guidelines to apply, for instance the most important information should be placed in the first paragraphs, the animations should be avoided, the navigation should be easy to understand, the search option should help in case of misspellings, and give short results. Summers et al. (2004) suggests that an intra-site search result page should contain lots of white space, simple and large titles, and limited number of results displayed. They also claims that flat site hierarchy and a guided paths provided can highly increase the usability for lower-literacy users. It has to be mentioned, that making sites usable for lower-literacy users will result in improved usability for all users. Setting guidelines for lower-literacy users leads to the next area of discussion which is writing web content.

I.5. WRITING WEB CONTENT

Since an e-government page usually contains an extreme amount of information (lots of text and words), it must make the content writing a priority. There are so many aspects of writing web content, for instance: it should be scannable, take into consideration the F-shaped pattern, meet the requirements of lower-literacy users and accessibility. Redish (2007) defines the most important elements of writing for web: it should be like a conversation, answer the questions of the visitors, and support the idea of “grab and go”. Discussing every aspect of this issue is beyond the scope of this paper, therefore in this chapter only the factors closely related to e-government sites will be examined.

To make a content scannable, the site should for example apply highlighted keywords, the inverted pyramid style (which means that an article or page begins with the conclusion), and it should contain 50% less words than normal writing (Nielsen (1997)).

Since an e-government site contains a lot of text, so many words, it is also important to omit the needless words (Krug (2006)), because users do not have time to read everything. However, on an e-government page, this recommendation can be applied with limitations, because some articles are explaining law rules, which have strict wording and expressions. As a result, a goal to achieve on such pages is to omit the words, which are just taking up space (Krug (2006)). Accordingly, the benefits of doing so are the following: it lowers the level of noise, it highlights the most important messages and information, and it results in shorter texts, thus the users are not forced to scroll too much (Krug (2006)).

Redish (2007) introduces the idea that each site has a personality, expressed by the visual elements, the fonts, the colors (to sum up: by the design) and the writing style. The personality and the overall message of the site should match; in case of discrepancy, the user might be confused, and that can ruin the site’s credibility.

To illustrate this issue, Redish (2007) uses the following example: the Internal Revenue Service (IRS) had a webpage looked like a tabloid newspaper a few years ago. This appearance did not serve the site’s goal and overall message, a tax collector organization should express credibility and professionalism. After several reconstructions, the current design of the site looks more credible, for instance the main color of it is blue, which is associated with intelligence and stability (especially the darker shades of it), and it also represents knowledge, power, integrity, and seriousness.⁹ It should be mentioned, that the Hungarian e-government portal’s homepage applies a lots of dark blue as well. However, the color is only one element of a sites’s personality, choosing an appropriate color is important, but – as it is mentioned below – it can serve only as an additional feature.

This idea of personality is supported by Furman (2009), who writes that in a research The Stanford Persuasive Technology Lab found that 46 % of the participating 2440 users evaluated the credibility of a site according to a site’s overall visual design, which consists of the layout, the typography, the font size, and the color schemes. For instance, reviewing the importance of the typeface (fonts) applied by a webpage, Furman (2009) mentions a study expressing that „The Web pages presented in either a neutral or inappropriate typeface resulted in lower ratings for trust, professionalism, and believability. Even a typeface that was seen as neutral resulted in decreased trust, professionalism, and credibility.”

As it was mentioned above as a recommendation related to constructing usable forms, and in discussing the needs of lower-literacy users, it is important to use plain language. In a

⁹ Sources of the meaning of the blue color:

<http://www.onextrapixel.com/2010/01/22/anatomy-of-colors-in-web-design-blue-and-the-cool-look/>,
<http://www.color-wheel-pro.com/color-meaning.html> (Available: 02.05.2011.)

study aiming to improve the public access to the law in Canada by using graphic design principles and methods, Berman (2000) claims that using plain design – in accordance with the application of plain language – to publish law rules can increase the public understanding of the law, and it can result in a more accessible legislation, and can improve the Canadian democracy.

In addition, Redish (2007) points out that the personality and the corporate culture of an organization should be expressed by its website. As a part of this idea, it is important to keep the wording of the webpage's content consistent, and use words and expressions, which are in accordance with the organization's type and role. It means that for example an e-government site should not use informal words. To support the consistency, such organizations should apply a style guide, which can lead the content-writers. Since an e-government page contains so many pages and information, its content is likely made by more than one author, to keep their writing style consistent, the government should issue regulations concerning the wording, the grammar, the punctuation, and the writing style.

The Plain Language Action and Information Network (PLAIN) is an American organization of federal employees and specialists. They maintain a website called PlainLanguage.gov, which contains guidelines, tips, tools and other resources on how to write usable web content. They issued a document called „Federal Plain Language Guidelines” in March 2011. It is divided into five main topics, the forth has the title „Write for the Web”. For instance, it recommends avoiding meaningless formal language: „Many government websites (...) contain meaningless formal language such as flowery welcome messages (...) It conveys the impression that you are insincere. Don't waste your users' time.”

Another example of guidelines of writing web content is published by the U.S. Department of Housing and Urban Development called „HUD Web Publication Standards and Style Guide”. For instance, it introduces the following guideline: use words and terminology, which are appropriate to the target audience. One element of this guideline is that considering a site, which provides content for the public at large – such as an e-government site – the content of it should be written at an elementary reading level. Another factor is that everything should be explained, it should not be assumed that the target audience has a knowledge required to interpret the content. This aspect is even more important in writing for an e-government page, since it contains many legal text and expressions the citizens may never heard of before entering the page.

Finally, another recommendation closely related to writing contents for an e-government page is introduced by Redish (2007), who expresses that information should be gathered from the target audience, and as a part of this, before constructing the site, the developer should „watch and listen to people”. As she points out: „If yours is a government site, realize that government agencies often have „brick-and-mortar” equivalents. Spend time in a local office of the agency watching and listening for whatever is relevant to your web content. This might mean watching as people come to renew their driver's license or get a permit or sign up for benefits or ask for tax forms.”

I.6. THE ISSUE OF WEB ACCESSIBILITY – SCREEN READER USERS

The term web accessibility is generally understood to mean an inclusive practice of websites allowing the disabled people to have equal access to every feature and information of a site. The disabilities covered by this this issue can be listed as follows: visual, auditory, physical, speech, cognitive, and neurological disabilities. Moreover, accessible websites can improve the usability for the aging users as well. Since the population over the age of 65 is growing, and by 2020, the number of these people will be one billion, it is important to design

websites usable for this demographic segment (Sibley (2008)). To support this statement, Theofanos et al. (2003) published a paper in which they mentioned six reasons of dealing with needs of people with disabilities in designing websites. One of these reasons is that the number of these people is growing, since the likelihood of being affected by disabilities is increasing when someone is getting older, and it is a well-known fact that the whole population worldwide is aging.¹⁰

Currently some international organizations and national legislations deal with the problem, and setting guidelines and rules for it. The World Wide Web Consortium (W3C) introduced the Web Accessibility Initiative (WAI) in 1997, which aiming to develop strategies and guidelines to make websites accessible and usable by disabled people. The WAI issued a document called The Web Content Accessibility Guidelines (WCAG) in 1999, which includes recommendations on how to make understandable and navigable content. It was followed by the WCAG 2.0 in 2008. Some examples of the introduced guidelines: Make all functionality available from a keyboard; Help users avoid and correct mistakes; Provide ways to help users navigate, find content, and determine where they are.

The legislation of the United States also deals with this issue: the Rehabilitation Act Section 508 (as amended by the Workforce Investment Act of 1998) contains that every federal department and agency shall provide comparable access to and use of information and data to individuals with disabilities when developing, procuring, maintaining or using electronic and information technology. The public agencies are obliged to ensure this kind of accessibility since June 2001.¹¹ Next to the U.S., other laws deal with this problem throughout the World.¹²

To support the compliance with the WAI guidelines and the Section 508, there are tools provided to analyze if a website is accessible or not. The first such service was Bobby, which was a free online software launched in 1995. Currently the Web Accessibility Evaluation Tool (WAVE)¹³ provides this service for free (<http://wave.webaim.org/>). Interestingly, analyzing of the main Hungarian e-government page (www.magyarorszag.hu) produced the following result: „WAVE has detected no accessibility errors”. In contrast, checking another Hungarian e-government¹⁴ page provided the result of detecting 17 accessibility errors. For example, one of the detected errors is that alternative text is not provided for images. The examination of the issue of web accessibility as a whole goes beyond the scope of this paper, therefore the discussion is limited to the aspects of making a website accessible for blind and low vision users.

Theofanos et al. (2003) made a usability test with 16 blind users, who were testing U.S. government sites. They were working with screen reader softwares (13 used JAWS, 3 used Window-Eyes). In their study they introduced 31 guidelines divided into 3 groups to help designers to make a website usable for blind people. In the following some of their findings and the related guidelines will be presented.

¹⁰ Concerning the Hungarian population some striking facts should be mentioned: „The proportion of the population over 65 years of age will increase by 40 percent by 2025, so that more than one in every five Hungarians will be over 65.” (Banerji et al.)

¹¹ The U.S. government has a separate website for understanding and implementing Section 508: <http://www.section508.gov/index.cfm> (Available 02.05.2011)

¹² For instance Australia and New Zealand, Canada, France, Germany, Ireland, Italy, Japan, Portugal, Spain and Switzerland has legislation related to web accessibility.

¹³ The tool is provided by a non-profit organization called WebAIM within the Center for Persons with Disabilities (Source: <http://webaim.org/about>, Available 20.05.2011)

¹⁴ www.kormanyablak.hu

The first group of guidelines consists of the findings related to „Using a screen reader”. Interestingly, Theofanos et al. (2003) identified that the blind and low vision users scan with their ears: entering a website, they just as impatient, as the people without such disabilities, they are only listening until they can decide whether to leave the page or not. As a result, they examine the first few words of a line, or first few lines of a text, and if it does not seem to be relevant, they skip the content. To take into consideration such behavior, the sentences of the content should be clear and short, and the paragraphs should start with information-carrying words.

Concerning the second group, which is „Navigating through Web sites”, one of the most relevant findings is that many screen reader users jump from link to link, and many of them use a Links List box. When a sighted user is scanning through a page, which is primarily used as a stage in achieving a goal (navigation page), she usually searches for something that blue and/or underlined, because she wants to get to the destination page. Similarly, the blind users are also paying attention to links, since they want to find certain information. To support this aim, the links should be descriptive and start with relevant keywords. To make browsing easier for blind users, a list of links should be written in a way that the links start with different words or expressions, since if many links start with the same phrase or words, the users are forced to listen to so much redundant information to decide which link is suitable for their needs.

An example of the findings related to the third group, which is „Filling out forms”, the most crucial point is that the first problem the users encounter with is finding the form. In cases the form was placed at the bottom of the page, or was far to the right, it took more time to the participants to find the form (or they gave up), since they had to listen through the whole page. To remedy this situation, Theofanos et al. (2003) recommend to not put a lot of text on the same page as a form, and to not put a form far down or far to the right on the page.

I.7. INTERNATIONAL ENVIRONMENT – EU & OECD; OTHER COUNTRIES

As a final chapter of the first part of this paper, it needs to be mentioned, that dealing with web usability issues is a well-known practice in the European Union as well. The European Commission's annual e-Government benchmark is measuring the public sector's performance. The most recent survey¹⁵ was conducted over the period of May to December 2010. The 2010 benchmark includes usability as a part of user experience. France (100%), Malta (100%), The Netherlands (96%), Spain (95%), and Portugal (94%) have the best portals as regards usability, user-centric design, and service bundling. As for Hungary, the examined portals attain 90% on usability, 100% on adequateness of portal design and 82% on service bundling (as compared to the EU 27 and Croatia, Iceland, Norway, Switzerland and Turkey (Eu27+) averages of 77%, 89% and 77% respectively). With these results Hungary is the 17th form 32.¹⁶

The OECD (2009) also expressed that the governments should focus on ensuring user

¹⁵ Digitizing Public Services in Europe: Putting ambition into action - 9 th Benchmark Measurement, December 2010,

In: <http://www.unic.pt/images/stories/publicacoes4/DigitizingPublicServicesinEuropePuttingambitionintoaction-thBenchmarkMeasurement.pdf> (Available 03.05.2011)

¹⁶ Another EU paper, which contains data about Hungary's performance in the area of usability is an eInclusion Factsheet, December 2010,

In: http://www.epractice.eu/files/eInclusion%20in%20HU%20-%20December%202010-2%200_0.pdf (Available 03.05.2011)

take-up of using e-government services. In discussing this issue, the OECD (2009) mentions that one key element of achieving this goal is to consider „easy-to-use” approaches, for instance user friendliness and usability for groups with special needs (for example disabled people). To sum up the importance of such approach, the e-government services will not be used unless the users can have proper access. The OECD (2009) provides results of the European Commission-supported Top-of-the-Web survey conducted in 2003, which measured the quality and usage of public e-government services. It found that „usability is the most important factor in users' overall evaluation of e-government services”.

Finally, it should be underlined, that considerable amount of literature has been published on the issue of usability and accessibility of e-government portals, aiming to evaluate for instance the portals of India, Uganda, the United Kingdom, Saudi Arabia, Trinidad and Tobago, Turkey and Zambia [Abanumy et al. (2005), Arpaci et al. (2009), Asimwe et al. (2010), Barnes et al. (2003), Bicharra Garcia et al. (2005), Eidaroos et al. (2009), Farhangian et al. (2011), Golubeva et al., Hoi-Yan et al., Huang (2002), Joseph (2010), Klaassen et al. (2006), Matera et al. (2006), Pilling (2010), Roach et al. (2010), Sharma et al. (2008), Villarroel et al., Withrow et al. (2000)].

II. EVALUATION OF THE HUNGARIAN E-GOVERNMENT PORTAL

II.1. INTRODUCTION TO USABILITY TESTS

There are different testing methods to follow to check if the site is usable or not. For example the technique called „Focus Groups”, which means that some people, who represent the potential users of the product, are having a discussion about the tested work. Another example is the inspection method called „Heuristic Evaluations”. It involves usability experts examining the site and its compliance with the previously identified guidelines or principles. Some other examples to mention are: „Individual Interviews”, „Personas, Online Surveys”, „Task Analysis”. The expression „Usability test” refers to a method that proved to be highly effective in evaluating websites and therefore was chosen to be the technique of the test conducted by the author of this paper.

A simple way to describe the essence of a usability tests is the following: it is observing someone who is using the subject of the usability test. First of all, some limitations need to be stated considering the discussion of this method. There are many kinds of usability testing, for instance qualitative and quantitative, formal and informal, large sample and small sample and so on. In a quantitative test, you are measuring certain, measurable metrics. These can vary from the time of completing a task to the number of the errors and so on. The aim of such test is to prove something by valid results. Therefore, it needs to be stressed that the quantitative tests are similar to scientific experiments, they have to be rigorous to get compareable and correct findings. In a qualitative test, your goal is to find what can be improved. To a limited extent, and compared to the quantitative methods, such test is quite informal. Despite of these facts, the qualitative tests are quite appropriate in testing websites, and enable the facilitator to reveal the main problems and disfunctions of the product.

Among the qualitative tests, the easiest and – in spite of being low-cost – one of the most effective inspection methods is – as Krug (2010) defines it – the „do-it-yourself” usability test. Basically, this term refers to a process, which includes an inspector (who can be a usability specialist, or a designer, an enigneer, or anyone who is able to listen patiently and take notes effectively), a participant, and some tasks to complete. During the test, the participants are asked to think out loud, which allows the inspectors to determine to most serious weaknesses of the tested website.

In his work, Krug (2006) identifies some basic principles about usability tests to stress the importance of such evaluations. Firstly, testing one single participant is in any case better than testing no one. As Nielsen (2000) concludes, testing zero users gives zero insight, however collecting data from at least one participant enables the inspector to learn almost one third of all information collectable about the certain website, so the difference between testing nobody and one user is substantive. Secondly, the importance of selecting representative participants, who are the members of the target audience of the website is overestimated. In addition, dealing with an e-government site, which has a broader target audience (almost the whole population), it is appropriate to test with anyone willing to participate, since every citizen has to be able to use the site in the future. Thirdly, usability testing should be an iterative process. The reason of this fact is that after one usability test, although some problems can be fixed, some disfunctions will remain unrevealed, in addition, the changes aiming to fix the problematic parts can cause further, completely new errors.

As regards to the number of participants, Krug (2006) offers a highly descriptive figure (Figure 1) which shows, that testing with eight participants once is less effective than testing three users two times. While eight testers may find more things to improve for the first time, during the second test – assuming that the problems found during the first session are fixed – the three participants presumably can find the disfunctions they could not have seen during the first test.

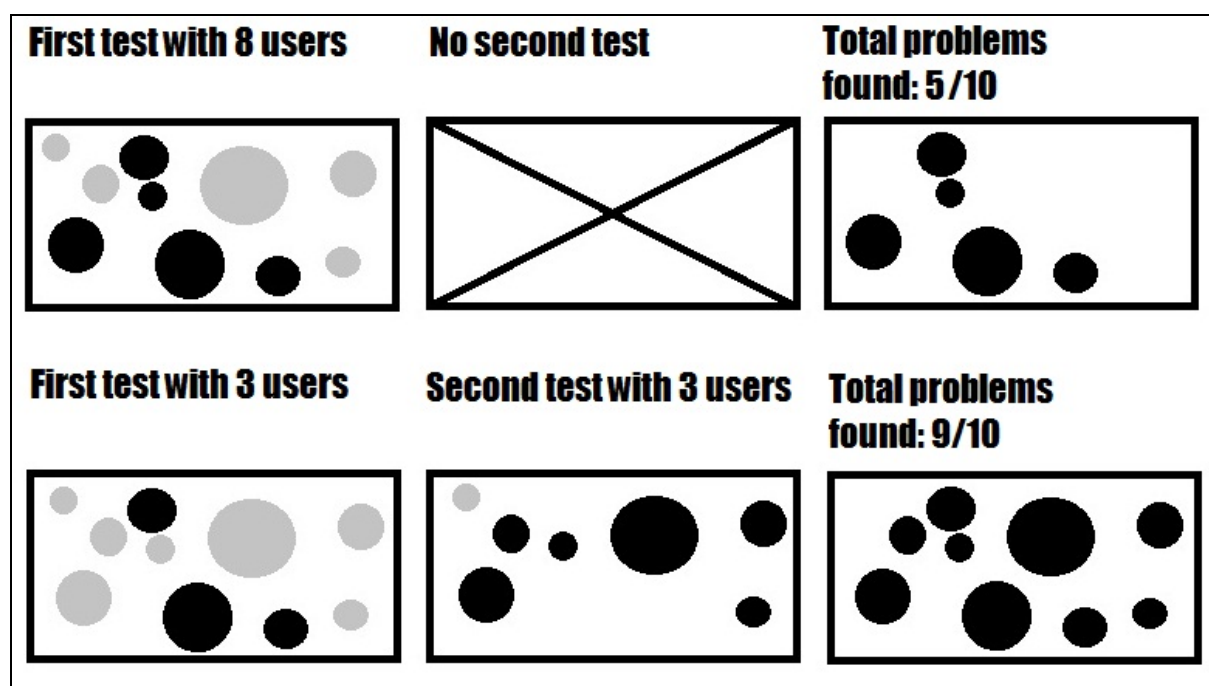


Figure 1: The number of users and the number of problems found (Krug)¹⁷

Another important finding needs to be mentioned in discussing the issue of number of participants. Nielsen (2000) performed a series of tests and found that with three users almost 75% of the problems can be revealed, and thus adding more participants is making the process less and less effective. To support this argument, Nielsen (2000) used a curve to demonstrate his results (Figure 2).

¹⁷ Redrawing and reconstructing of the original figure found in Krug (2006), page 139.

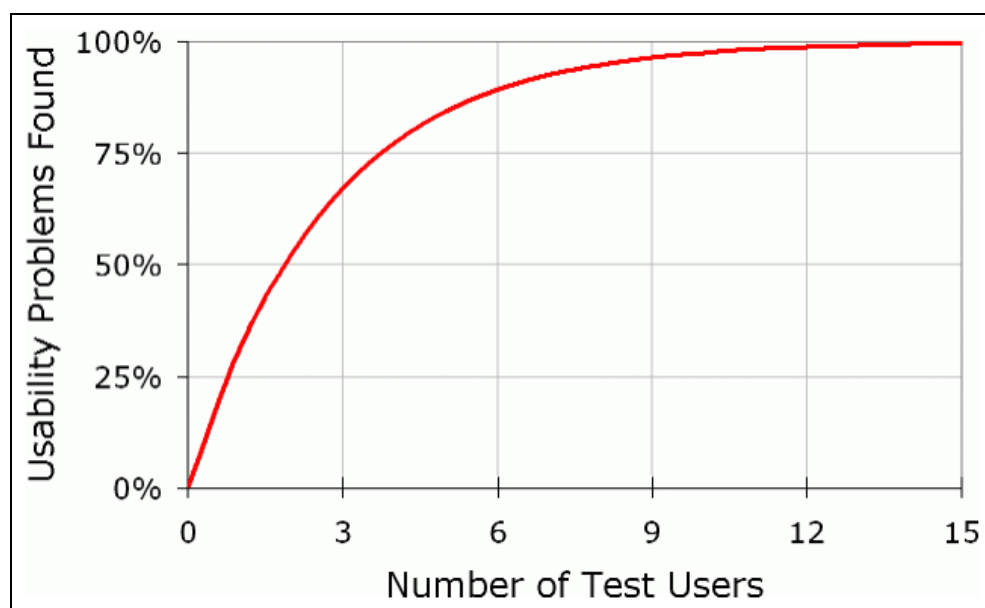


Figure 2: The number of users and the number of problems found (Nielsen)¹⁸

Next to the above-mentioned factors, another important aspect of a „do-it-yourself” usability test is that such tests are easy to conduct, and are extremely low cost. The inspector only needs to have a room, two chairs, and a PC. Optional tools are the following: a screen capture program, a camera, a cable, a room for other observers (if other people willing to observe the user during the test, it is recommended to sit in another room, where they can follow the session by a screen, which shows the test recorded by the camera or by the screen capture software).

As it was discussed already, the process of this usability test is quite simple. First of all, the conductor asks some questions about the participants (who they are, what are their jobs, their Internet-using habits), to make the user feel more comfortable. Secondly, the facilitator underlines the importance of „thinking out loud”, asking the user to tell everything, which comes to her mind related to the page. Thirdly, the homepage of the website is shown to the user, and the participant is asked to tell whose site is it, what is interesting about it, what would she click on, what is she thinking about the layout, the design, the structure of the page. Finally, the user is asked to conduct certain tasks (the tasks are previously planned, and the same for each participant). During the test, the facilitator is taking notes, and/or using a screen capture program, which records everything happening on the screen (including cursor movement). Recording not only the voice of the user, but her face can be highly effective in showing the most frustrating points of the process, the hardest parts of the tasks.

II.2. BACKGROUND

One aim of this study was to evaluate the Hungarian e-government portal (www.magyarorszag.hu). The website was launched in September 2003, replacing the previous portal, eKormanyzat.hu¹⁹, which started to operate in 2001. The homepage of this first Hungarian e-government portal looked like this:

¹⁸ The figure is from this source: <http://www.useit.com/alertbox/20000319.html> (Available 16.04.2011.)

¹⁹ eKormanyzat means eGovernment.



Figure 3: eKormanyzat.hu²⁰

Evaluation of the first Hungarian e-government portal is beyond the scope of this paper, the aim of describing some characteristics of this old page is to create a starting point for further examination.

It can be seen that the design of the site did not fulfill the requirements of legibility: the background colors were light and dark grey. Nielsen (2001) published 113 guidelines for homepage usability. The „Graphic Design” section includes guidelines, which recommend to use high-contrast text and background colors. It also contains a recommendation to limit font styles and other text formatting. The portal’s design did not follow some substantial web navigation conventions as well (for example the box for logging in should be at top of the page, on the right corner).

The previous layout of the magyarorszag.hu portal was the following:

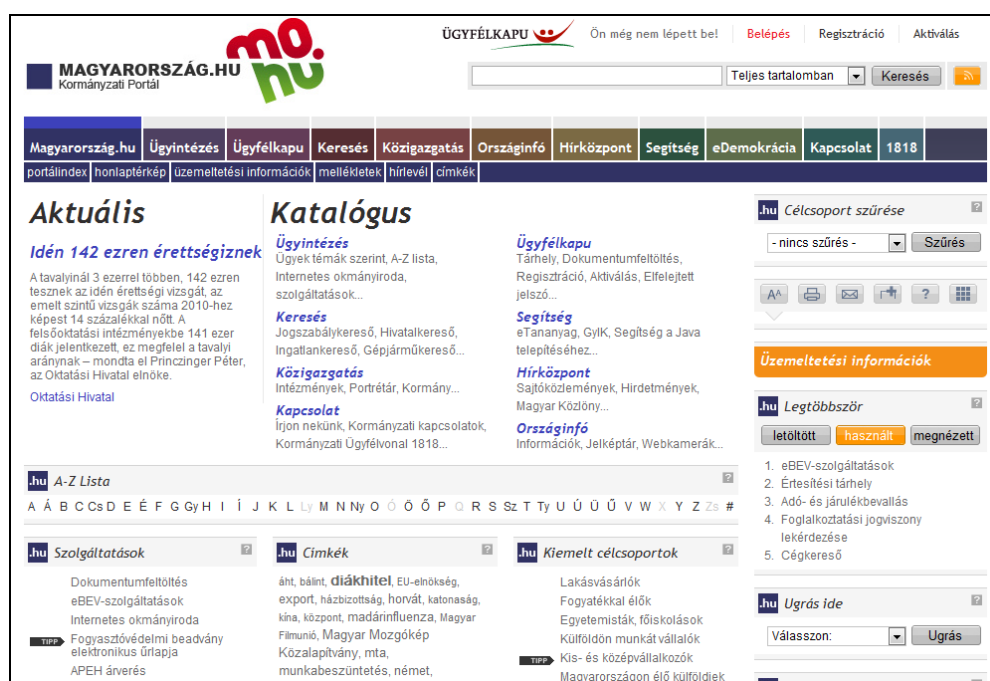


²⁰ This screenshot was made in 13.12.2001., the picture is taken from Csuhaj-Varjú (2002).

Figure 4: magyarorszag.hu - previous²¹

The design of this page was far better than the one of eKormanyzat.hu, however, the graphics of the site still did not follow some quite important guidelines. So far there has been little discussion about the usability of e-government websites in Hungary. In reviewing the literature, only one prior research was found that have noted the importance of improving e-government's websites usability by empirical methods. Herendy (2008, 2009) reviewed to most common methods of planning and constructing a usable website, and she also conducted a small-sample focus group discussion and an eye-tracking test as well on the previous version of www.magyarorszag.hu. In her study she reached the conclusion that according to the feedback from the participants, the homepage of the website is too complicated, not clear enough, the colors are too grey and boring. While some functions were placed in accordance with the conventions, therefore the users could easily find them, some parts of the primary navigation (top level of the site's hierarchy) were not put at the expected point of the page: the participants could not find them easily (some of them even gave up searching).

To show the development of the design, here is a picture of the new version of the website, which was launched more then one year ago (in March 2010):

Figure 5: magyarorszag.hu – the current version²²

II.3. METHODOLOGY

The Hungarian e-government website, www.magyarorszag.hu (hereinafter called: the Site) was chosen to be assessed upon its usability. In choosing the most appropriate and effective method, it was considered that a qualitative analysis has several advantages compared to a quantitative measuring. Using a qualitative inspection method enables to conduct a low-cost, low-sample, but highly effective test, which can lead to establish certain

²¹ This screenshot was made in 21.05.2007., the picture is taken from Herendy (2009).

²² The screenshot was taken in 09.04.2011.

recommendations for future development of the website. On the contrary, a quantitative test would not serve the purposes of this study, since such tests are most suitable in cases when the current version of a product is to be compared to the previous version. For these reasons, the above discussed „do-it-yourself” usability test was chosen to serve as the evaluation method. The research process consisted of nine steps:

1. Literature review
2. Choosing the most suitable method for the evaluation
3. Testing the website to point out to weaknesses and strengths
4. Setting the research questions
5. Participant selection
6. Conducting the usability tests
7. Data analysis
8. Identifying results
9. Drawing conclusions

To identify the main strengths and weaknesses of the Site, first it was tested by the author (in the terms of testing methods, this test had the characteristics of a heuristic evaluation and a cognitive walkthrough). The aim of this preliminary inspection was to find what kind of tasks should be asked during the usability test.

As a result of this inspection, ten tasks were set. Some of the tasks were about finding certain information on the Site (for example: information about the law drafts of the Ministry of Public Administration and Justice), one was about finding a form and fill it out (applying for a temporary access to the Client Gate²³), one was to search in the database of law rules in effect, and some were about finding a document and download it. The design of the tasks were based on the following aims: they should not take more than one hour to complete in order to maintain the same level of attention and concentration of participants; they should cover the whole spectrum of services and information categories in order to explore the whole structure of the site; they should be „real”, which means that they should contain services and information that are popular, and finally they should be designed for an average citizen, for non-lawyers (for a lawyer, it is easier to find a law rule or a legal information).

Krug (2006) argues that the ideal number of participants of a usability test is three, at most four. To follow this idea, three users were recruited to conduct the test. In selecting the participants, it was decided that high literacy users will be asked to participate. The demographic data of the participants are the following: two male and one female user was involved; one of them was 23, one was 31, and one was 56 years old. The professions of the users are: student; IT engineer; chemist. All of them are from Budapest (Hungary), and use the Internet every day. One of them has never seen the Site before, one has Client Gate access, but used it only several times, and one of them visited the Site before, but in spite of this it seemed to be quite new for him. For the first user it took 55 minutes to complete the tasks, for the second it was 68 minutes, and for the third one the length of the test was 60 minutes. During the test, a screen capture program²⁴ was used in order to collect data about the cursor movement and to record the voice of the participants, and notes were taken as well.

²³ „This gateway allows users to securely identify themselves online and gain access to transactional eGovernment services through the portal. Any user who completes a temporary registration procedure online can access a number of services made available through the Client Gate, but an authenticated registration is needed to fully access transactional services (...) The number of registered users of the Client Gate rose to 760 000 in April 2009”. Source: <http://www.epractice.eu/en/document/288264> (Available: 19.04.2011.)

²⁴ Free Screen Video Capture, available here: http://www.smallvideosoft.com/screen-video-capture/download_screen_video_capture.php (Available: 19.04.2011.)

In the beginning of each test, the participants were asked to think out loud. After that, they were shown the homepage of the Site. They were asked to tell whose site it is, what are they thinking of the design, the structure, the order of the elements, what would they click on first and what are their feelings, first impression about the Site. After this introductory part, they were asked to complete the ten tasks indicated above. They were given the instruction not to use the Site's own search box until they would give it up otherwise. The reason for this instruction is that the aim of the tasks was to examine the structure of the Site, the organisation of the elements, to assess whether to hierarchy is logical or not.

II.4. RESULTS

The information and data collected during the usability tests can be organized in many different ways. The findings presented in this study will be discussed in a task-by-task basis. This approach allows comparing the participants' performance. Hereinafter the study refers to the users as Participant 1, Participant 2, and Participant 3. In describing the results, the participants' comments are reproduced verbatim.

The introductory part – general questions about the homepage

Interestingly, Participant 1 mentioned the same weaknesses of the design that were indicated in Herendy's (2008, 2009) study about the previous version of the Site. In her study, Herendy also reproduces verbatim what her participants expressed about their first impression of the previous version of the Site, to give some examples: „boring”, „monotonous”, „pale”, „burocratic”. Participant 1 commented that the homepage is „not friendly”, „the colors are pale”. Participant 2 noted that the white background is a good choice, but with the grey fonts there is not enough contrast, „it can be hard to read for low-vision users”. Participant 3 expressed that „there is too much information, it is not clear, what can be done on this page, I don't know what is it for”. Participant 1 did not like, that on the tabs the fonts are bigger than the fonts indicating the second level of the hierarchy. Participant 2 found it disturbing that it is not obvious, what is clickable. He thought that the grey colored words are not links, but in fact, they are, almost every text clickable on the homepage. He expressed that the content, which is calling for his attention is the „Actualities/News” section, however, it only shows one piece of news at the same time. The participants noted some ambiguities as well, for instance the function of some icons was not clear. Another example is that moving the cursor above the „tipp” button, the „icon” word appears in the tooltip²⁵. Participant 2 commented that the „subscribing for newsletter should not be on the bottom of the page, because it requires too much scrolling to get there”. The main strength of the homepage – according to the participants' opinion – is using tab dividers for navigation.

Task 1 – to find information about „őstermelői igazolvány”, which is an agricultural sole proprietorship or private enterprise

In completing this task, Participant 1 tried to use the alphabetical browser, and clicked on the „Ő” letter, then tried to search by the word „Vállalkozás” („Enterprise” in English). After these attempts, he tried the „Filter by target groups” function (it filters the content of the whole site) by choosing the „Agricultural workers” option. Surprisingly, he did not notice that

²⁵ Appendix Figure 20

the search results can be filtered by some more options²⁶ (these options were on the left, but they proved to be ineffective in calling for the user's attention). He mentioned that the content of the „Catalogue” should be in alphabetical order. For Participant 2 it appeared to be obvious how to filter the search results. He commented on the „Most popular” function, which is a box on the right side of the page, in his opinion it can be highly usable in giving hints about what is the Site for. Participant 3 found the information in a different way: instead of using the filter function, she browsed in the „Catalogue”.

It was part of the task to find one certain information about this enterprise (What is the maximum amount of money that can be earned by this enterprise, which is still tax-free?). The aim of this question was to examine the legibility and the scannability of the content. The results suggest that the text is not formatted enough, the participants could not scan it effectively. Moreover, the little „paragraph icon” (§) inserted in the text did not work well.²⁷ The purpose of this icon is to navigate the user to the law rule related to the content. The problem was that neither Participant 2, nor Participant 3 noticed that it even exists. As Participant 2 expressed: „the design of the icon is not appropriate, the main characteristics of a paragraph symbol are: round, curved, but this sign looks like stairs”. Participant 3 explained that it should have a frame to be more noticeable, and the color of it also does not serve the noticeability.

*Task 2 – to gain a temporary access to the Client Gate, tell the opinion about the design of the application form*²⁸

For two participants it was quite hard to even find the form, Participant 3 noted that „considering the importance of this function, it should be located in a more obvious place”. She finally found it by using the „eTananyag” function („eLessons” in English). Concerning the form, Participant 2 expressed that „the design of the form does not fit in the design of the whole page, and the grey fonts with grey background are not so legible”. Participant 3 also stated that „the grey color is not good”.

For two participants, the description of the first field was disturbing (instead of „Name” it is „Used Name”, which is not a legal term and not used in everyday speaking). Participant 2 noticed that a helping instruction (which appears when the user moves the cursor above the field) asks the user to write thier mother's currently used name (instead of the birth name), it is quite unusual, it made the participant think, he did not know what should he write in the form. Participant 3 noted that the instructions are too long, „I don't have time to read all of this”. On the contrary, Participant 2 found the instructions to be a good practice, however, he noted that „the instructions should not disappear when the user starts to type in the form”.

Task 3 – to find and download a sample of a room rental contract

Using the alphabetical browser, for two of the participants it was easy to find the document. For Participant 3, the main difficulty in completing this task was that she did not know the proper term for such a contract. Participant 1 stated that it is not logical what should be clicked to download the document. He mentioned that the type of the downloadable file (.rtf) is „good, because it can be opened by any kind of text editor”. Participant 2 also commented on the button, which needs to be clicked in order to download the contract. He said

²⁶ Appendix Figure 1

²⁷ Appendix Figure 5

²⁸ Appendix Figure 2

that „it is not like a button, it does not fit in the design”. „When I come to this page, I always have to think about it, again and again”.²⁹

Task 4 – to find the form of applying for a health insurance card („TAJ-kártya igénylőlap”) and download it

In connection with this task the biggest concern of the participants was that the Site offers two documents with almost the same name („TAJ-kártya igénylőlap 1.” and „TAJ-kártya igénylőlap 2.”). Participant 1 noted that „it is disturbing that there is no description about what is the difference”.³⁰

Another thing that made the participants think is that the descriptions of the documents are almost the same, but the first contains 13 additional words. Only Participant 3 found the main difference between the two documents after looking at both of them: it is only a difference in the format of the file, one of them is .doc, the other is .rtf.

Task 5 – to find information about how to initiate a proceeding of the Constitutional Court dealing with the ex post examination for unconstitutionality of laws

The aim of this task was to examine whether the first level hierarchy of the Site is logical, clear, or not. To find the information indicated in the description of the task, the participants needed to categorize this very special activity. While for Participant 3 it was quite obvious that it should be in the „eDemocracy” page, the other two participants tried to find it first by the „Constitutional Court”, and therefore clicked on the „Public Administration” tab. It was not logical for them that this tab only contains descriptions about the listed authorities. Participant 2 expressed that „it is not a good practice to make links, which takes you to the same point. However, I like that the color of the already clicked link is darker.”³¹ Participant 3 found the proper link at the bottom of the page (with scrolling a lot), she did not see the link nearer the top.

Task 6 – to search in the database of law rules in effect to find laws about the building permit for constructing and building a house; in case it can't be found that way, search for information related to this in the Site in order to find the title or number of the related law rules in the descriptions

It is not surprising that this task was the most difficult to complete for the participants, since they were non-lawyers. However, the findings of this part are striking: the users – in spite of being highly educated – had no idea how to choose the type of the law rule (it is noticeable that it is not obligatory to choose a type, for two of the participants it was not clear). Participant 1 tried the searching by words, it resulted in too many search results. After some attempts in trying to get less results, he went on browsing. Finally – after going through the „Portalindex” and the „Public Administration” page – he got frustrated and used the „Search” function of the Site. The chosen search result navigated to the „FAQ” section, where in one description he found the act about the topic in question (note: some links of the „FAQ” page lead to 404 error message).

²⁹ Appendix Figure 3

³⁰ Appendix Figure 13

³¹ Appendix Figure 14

Participant 2 had difficulties even with finding the search function allowing to search in the database of law rules in effect, he associated this database with „eDemocracy”. It was disturbing for him that the list of the types of law rules contained this: „Tv Törvény”³². „Tv” is a common abbreviation of the word „törvény” („act” in English), but the user thought that it is a special type of act, so he refused to choose it. He also failed to find the act, which contains provisions for building permit, therefore started to search for it in the alphabetical browser. He expressed that it is very confusing that in the „Catalogue” only some topics of each category are listed, and only a number in brackets shows the total number of topics in the given category. Participant 2 did not notice this number, he thought that the category only contains the listed elements, so he could not find right link³³. As a result, Participant 2 also got frustrated and used the „Search” option. He commented that „it is a very good practice that every keyword of my search is indicated with the color red”³⁴ (on the page, where the users get by using the “Search” function, and by picking one from the search results)³⁵. He also mentioned that the descriptions always should contain links to the related law rules (the page where he could find the information in question did not contain the red „paragraph icons”).

Participant 3 started to look at list of the types of law rules, she was searching for a type that contains the word „building”. As a result, she found a type of decree of a minister called Minister of Building and Urban Development, this ministry existed during the last decades of communism. Zero search result was found for the word „building permit” and this type of law rule, so she realized that maybe the type is not correct. After some unsuccessful attempts she found – using the „Catalogue” function – a description about building permits, but it did not contain any information about the related law rules, or any of the above mentioned „paragraph icons”. At this point, Participant 3 got frustrated and used the „Search” function of the Site. The red colored words – indicating the keywords – in text confused her, she thought that they are clickable links. Clicking on one of the „paragraph icons” she could manage to find the related regulations, however, it was not clear for her that the text appeared in the popup window contains the whole law rule, not only the section related to the sentences next to the „paragraph icon”. It should be noted that Participant 3 had the same problem with the „Tv Törvény” type: „If it was only „törvény”, I would choose it. I thought that it is something special, so I did not apply it.”

Task 7 – to find and download the sample of denunciation in the case of shoplifting

Finding the indicated document was quite difficult for Participant 1, after he tried the search in the alphabetical browser and in the „FAQ” section, finally found it very deep in the site hierarchy, using the „Catalogue”: it needed five clicks to get there. As he commented: „If it was not a test, I would give it up earlier”. After completing the task, he was shown an easier way to reach it, the item in question can be found among the „Documents” in the „Ügyintézés” section. The word „Ügyintézés” refers to administrative procedures, matters or steps someone has to deal with or go through to achieve a certain goal, for example applying for a new ID card. Participant 1 noted that „it is just not logical to put information and

³² Appendix Figure 8

³³ Appendix Figure 4

³⁴ Note: The color of the keyword is not always red, it depends on the color of the first hierarchy page, for example the page „Public Administration” has red colors, while „eDemocracy” is light green. The difference between these marks may cause some confusion.

³⁵ Appendix Figure 15

descriptions in this section, these should be in a section called for example „Knowledge base”.”.

After downloading the document indicated in the description of the task, Participant 2 examined the text of the sample as well, and commented that „it is not clear what can I change in this sample, and what is a compulsory part.”. As regards to Participant 3, the problem of not knowing the proper legal term occurred again, she did not know the word „denunciation”, and searched for „stealing”. After looking at the downloaded document, she expressed that „the sample is funny, I would not do it that way, in my opinion it would be enough to provide an empty space for writing down the case and the facts.”

Task 8 – to find information about the timetable of the Hungarian Airlines (MALÉV)

The purpose of this task was to test the effectiveness of the site structure. Each participant was able to find the right tab for the first guess. However, they were disturbed by – the – above discussed – illogical listing of the „Catalogue” (although there is enough space on the page to list each of the six elements, there were only three, the users had to click on the name of the category to reach to additional three). Participant 3 did not notice the number in the brackets showing that there are more elements than listed.³⁶ She recommended that „it should contain three points („...””) to indicate that there are more”. (It should be noted, that in some pages the Sites applies this solution.) Participant 2 mentioned that „it is highly disturbing that the information about MALÉV is not divided into sections, it is hard to read”.³⁷

Task 9 – to find the database of posted/public notices (which are used in a public administration procedure)³⁸

The participants did not know that this kind of notification exists. Participant 1 first associated this topic with the „Search” tab, then with the „News Center” tab, where he could find it (it is on a second level of the hierarchy). He commented that he did not expect that the link navigates him to another page, then mentioned that „it should contain a „back” button”.

Participant 2 first tried the „Public Administration” tab. After looking at the „Catalogue” of the page, he commented that next to one category the brackets with the number indicating the number of elements are missing. Then he expressed that in the previous part of the test he did not notice, ignored that there is a „More” button at the bottom right corner of the lists. Interestingly, after clicking on the right tab („News Center”), he did not glance at the menu below the tabs indicating the elements of the second level hierarchy. Instead, he found the database near the bottom of the page in a box. After testing the search function of the public notices database, he noted on its slowness.

Participant 3 also did not glance at the menu bar below the tab, and found the right link at the bottom of the page in the „Recommended links” box. She commented that the form of the search engine is not clear enough, it should contain which field is compulsory³⁹. She also mentioned that the meaning of some fields was not self-evident, therefore „it would be good to place some help there”.

³⁶ Appendix Figure 7

³⁷ Appendix Figure 6

³⁸ In Czech Republic the section 144 of the Act N. 500/2004. Coll. on Administrative Procedure Code contains provisions for public notice (in the original language: „Účastníky v řízení s velkým počtem účastníků lze o zahájení řízení uvědomit veřejnou vyhláškou.”)

³⁹ Appendix Figure 16

Task 10 – find the page, which contains the law drafts of the Ministry of Public Administration and Justice

Participant 1 clicked on the „Public Administration” tab, where he easily found an information page about the Ministry of Public Administration and Justice. On the contrary, he expressed that at the top of the page there are three links, but the first of them is a sentence that does not make sense, therefore he could not decide at a glance if it is one link, or three⁴⁰. On the left he found a link to the website of the ministry, where he had serious difficulties in finding the drafts (the link to it is at the bottom of the page, and the title of it not really self-explanatory).

Participant 2 found the page quickly by clicking on the „eDemocracy” tab, while Participant 3 had difficulties with this task. Her first guess was that it should be in the „News Center” section, then she tried the „Public Administration” tab, then looked at the „Recommended Links” box, then got frustrated and used the „Search” function of the Site. Finally she gave up, and recommended to place a link at the information page about the ministry (in the „Public Administration” section), which navigates to the drafts.

Some remarks of the participants after completing the tasks

After completing the tasks, the participants were asked to express their overall experiences, opinions about the Site. Participant 1 mentioned that it is a good practice that some of the contents of the Site are reachable in different ways, by going through different paths. He also liked the large amount of information that is collected on the portal. He also stated that he cannot mention a really substantial problem. On the contrary, he expressed that there are several small, but highly disturbing errors. Finally, he commented that the Site should contain some content for foreigners, for users who cannot speak Hungarian, since some information can be useful for them (for example it should contain a section for expats, another section for tourists and so on).

Participant 2 stated his belief that the Site’s general structure is „quite good, the tasks could be done within a relatively short time”. Moreover, he expressed that he did not know that so much information and so many samples can be found on the Site, approximately „three-quarters of the content was a surprise” for him. In addition, he mentioned that he normally does not click further than two clicks, completing this exercises required to go too deep into the Site’s hierarchy. He also looked at the sitemap, which was proved to be inefficient, since it shows only two levels of the hierarchy. Finally Participant 2 summarized that the government should promote the Site more often, and it should communicate that it contains so much information, so many downloadable samples of contracts and other documents, services and transactions. Next to these comments, he recommended a „Did you know?” box for the Site’s self-promotion.

Participant 3 was highly satisfied with the tabs, however, she expressed that the Site should use text aligned to the position of the related/attached tab instead of using left-aligned text for the indication of the second level site-hierarchy because she often did not even glance at the menubar below the tabs, since it appeared „far” on the left, where she did not expected. As a result, in cases the required tab was in the center or nearer the right side of the page, it

⁴⁰ Appendix Figure 17

was easy to miss the menubar below it.⁴¹ She also mentioned that the colors of the tabs and related elements should be more intense, since it helps to recognize what belongs together.

II.5. DISCUSSION

The findings of this research demonstrate how efficient can be a low-cost, „do-it yourself” usability test. Testing three users has revealed some highly disturbing problems, which are relatively easy to fix; correcting these ineffectivenesses can result in improved user experiences. However, there were a lot of comments from participants praising some characteristics of the Site. For instance, each of them liked the tab-based navigation. Another example for good comment is that one user commented on the effectiveness of a box called „Most used”⁴². It contains links to contents, which are most popular among users. This box can give hints to the visitors, so they can get to know parts of the Site that are new for them. A third example for good practices is the breadcrumbs, which showing the path for the homepage to the current page, the participant used it several times during the test. It needs to be mentioned, that when a user visits a site, she usually is trying to find something. There are two groups of users: some of them will almost always browse first, searching only after running out of possible links to choose, while others will use the search function right after entering a website. The Site offers a wide variety of searching and browsing options, fulfilling the needs of both groups.⁴³ Finally, the Site’s navigation, the organization of the elements proved to be relatively effective, since the participants almost always found the correct Tabs. Overall, the participants were surprised by the amount of information reachable on the Site. Moreover, each of them expressed that the Site has not only lived up their expectations, but it has exceeded the presumed degree of usability and user-friendliness.

As for the criticisms, the core areas of difficulty in providing a usable e-government page based on the results of this usability test appeared to be the following: on the homepage it is not evident where to start; the colors should be modified to improve legibility and navigation; some parts of the browsing options should be reconstructed. Based on the evaluation of the results detailed in the previous chapter, a **set of recommendations** can be drawn to improve the usability of the Site. These can be classified into many categories, but the following main categories are apparent: Graphics and design; Communicating information; Content, Writing for the Web; Links; Navigation; Forms.

A) Graphics and design

- The participants expressed the inappropriateness of text colors. These findings further support the idea suggested by Nielsen (2001): it is recommended to use **high-contrast text and background color** to make the content more legible. The Site has currently white background with grey fonts, therefore it needs to be reviewed to establish enough contrast.
- It is important to **show what is clickable** by using different colors, so that way the user is able to distinguish the links immediately.
- It proved to be a good idea to insert „**paragraph**” icons into the text, which navigate the users from the descriptive information to the related laws, but the appearance of the icon is not serving this aim, it should be redesigned.

⁴¹ Appendix Figure 18

⁴² Appendix Figure 11

⁴³ Appendix Figure 12

- The **colors** of the tabs and the related contents **should be more intense** to make the connections between the elements belonging together more self-evident. However, it needs to be noted, that Krug (2006) offers some limitations about using different colors for the sections: „Color coding is a very good idea – as long as you don’t count on everyone noticing it. Some people (roughly 1 out of 200 women and 1 out of 12 men – particularly over the age of 40) simply can’t detect some color distinctions because of color-blindness. More importantly, from what I’ve observed, a much larger percentage (perhaps as many as half) just aren’t very aware of color coding in any useful way. Color is great as an additional cue, but you should never rely on it as the only cue.”

B) Communicating information

- The participants did not know that the Site provides downloadable documents (samples), they were not aware of the fact that the Site contains so many descriptions and information. To remedy this situation, the Site should contain **some self-promotion** on its homepage (for example a „Did you know?” box), and the government should promote it on other different forums.

C) Content, Writing for the Web

- Redish (2007) recommends to „**break down walls of words**”, which means that the text on the page should be divided into small paragraphs, and each of them should have headings. Using this approach allows the user to scan through the page easily. Having big blocks of unbroken content can make the user leave the page. For instance the description in the „eDemocracy” page is not scannable enough, it creates a „wall of words”, it is recommended to use lists or divided paragraphs.

- One of the most interesting result of the test was that the **content of the Site is not always obvious for non-lawyers**. Concerning Task 3, one of the participants had difficulties in completing the task, because she did not know the proper term, the jargon. Since the target audience of an e-government site is almost the whole population of a country, it is of paramount importance to make the language used by the site clear and understandable. To support this aim, it would be a good solution to provide a „**dictionary**”, **which can give the users hints about the proper terms**. For example – considering Task 3 – if the user gives the following inputs: „room”, „rent”, this function should suggest the expression „room rental contract”.⁴⁴

- Task 4 gives a good example of the statement that usability tests can reveal annoying problems, which are quite disturbing and ruins credibility, and at the same time very easy to fix. It should be checked whether the Site’s content includes **redundant elements**, and if yes, the unnecessary items **should be eliminated**.

- The Site should not contain links to **404 error messages**, because these kind of problems also can result in decreasing the Site’s credibility.

- **The hierarchy of the „Catalogue” function is illogical**, even if there would be more space on the screen to list every element of a category, some topics can be seen only in case of clicking on the name of a category. Using numbers in brackets to indicate the number of elements in the category and to suggest that there are more elements proved to be ineffective.

⁴⁴ In Hungarian it is more complicated, since the word for room („szoba”) does not start with the same letter as rent („bérlet”), and the name of the contract starts with a third, different letter („albérleti szerződés”). It means, that in this case for example using the alphabetical browser will not be effective without knowing the right term.

As Participant 3 recommended, the text should contains three points („...” to show that there are more content.⁴⁵

- Another problem related to the browsing options of the Site is **the illogical use of definite articles in the alphabetical browser**, in which many elements start with a definite article (in English it is „The”, in Hungarian it can be „A” or „Az”). For example, instead of “A házasság” („The Marriage”) the users will search for “Házasság” („Marriage”), but they won’t find it below the letter „H”.⁴⁶
- It would be more logical if the Site contained a **„Knowledge Base” section** for pages, which only contain information.
- The **downloadable documents** need to be reviewed: these samples should be clear in the sense what is compulsory element and what is optional.
- In general, therefore, it seems that the whole content of the Site needs to be reviewed with respect to the accuracy and appropriateness of the texts, documents and other elements. Similarly, in the future it should be reviewed on a regular basis, because the content of an e-government site is often modified.

D) Links

- The Site contains a lot of **links to other websites**. In some of these cases, clicking on the link the user does not expect to leave the Site. According to Krug (2006), „One of the most crucial items in the persistent navigation is a button or link that takes me to the site's Home page. Having a Home button in sight all times offers reassurance that no matter how lost I may get, I can always start over, like pressing a Reset button”. For this reason, it would be efficient to include a **„Back” button or link** on these other websites. Another solution would be the implementation of a pop-up message dialog box, which could warn the users about the leaving of the Site.
- To make the Site navigation more logical and usable, **it should contain more links to its own contents**, establish a net of connections, for example the findings of Task 5 shows the need of links in the „Public Administration” page.
- Every page, that contains information about a certain topic should contain not only „paragraph icons”, but at the top of each page there should be listed every **related law rule with clickable links**.

E) Navigation

- What each participant indicated at the first glance of the homepage of the Site was that **it is not clear, what should be clicked for the first time**. In fact, there is **too much noise** on the site. Some website use a good practice in solving this problem: their homepages contain a „Start here” button on the upper left corner of the page.
- Another important finding was that the tabs work well on the homepage of the Site, as Krug (2006) describes this solution: tabs are self-evident, visually distinctive, and they create an illusion that the active tab is really in the front, while the inactive ones are beyond it, and that creates a physical space. On the contrary – as one of the participants mentioned – the **alignment of the text** indicating the second level hierachy makes the menubar only slightly noticeble for the first glance.

⁴⁵ Appendix Figure 9

⁴⁶ Appendix Figure 10

F) Forms

- The findings of the research suggest that the ambiguity in **the form's helping instructions** in the Task 2 needs to be clarified. In a situation what is detailed above, the user has to decide between the rational answer, which is suggested by common sense, and the irrational answer, which is in the description of the page. This kind of situations can result in harming the credibility of a website.
- The **forms of the Site should be redesigned**, they should fit more in the design of the whole site. In addition, the grey fonts on a grey background do not serve the legibility.
- The search function, which allows searching in the database of law rules in effect should contain **more help about the types of law rules**, about the levels of the rules, and in the form it needs to be stressed in a more obvious way that choosing the type of the law rule is not an obligatory/required field. Jarrett et al. (2008) recommend to follow the conventions and use an asteriks (*) to indicate which field is required. Similarly, the form of the public notice database should indicate which field is required, and it should contain some help about the meaning of each fields.
- The **list of the types of law rules needs to be reviewed**, for instance the „Tv Törvény” expression (and the „Tv” abbreviation for the word „törvény” – „act” in English) is not obvious for non-lawyers.

To sum up, the information collected during this usability test has important implications for developing the Site, and the findings can be applied to construct other e-government websites as well.

II.6. LIMITATIONS

When interpreting the results of the analyzed usability test, a number of important limitations need to be considered. The most important limitation lies in the fact that the test was conducted by asking higher literacy users to participate. Since the target audience of an e-government site consists of people with different level of literacy, a future research should therefore concentrate on the investigation of the usability of the Site with the participation of lower-literacy users.

Another limitation of this study is that while the tasks conducted by the participants were based on activities that real users do/have done, a usability test is unable to perfectly show what users would do if they were in a real life situation. For example, there were some comments by the participants during the test that they would give up trying to complete a task if it was not a test.

Thirdly, these findings are limited by the instruction of not using the Site's „Search” function, in some situations the participants expressed that they would use it. As it was mentioned above, the aim of this instruction was to make the participants discover the Site's navigation and structure, and therefore evaluate if it is logical, self-evident enough, or not.

Another limitation that needs to be mentioned is that – as Krug (2006) showed – a usability test with three users is the most effective when it has a second round. In this case, it was not possible, since this idea assumes that the usability problems found during the first test are fixed before the second test.

It would also be interesting to conduct an eye-tracking study. The findings of such research would be comparable with the results identified by Herendy (2009). Moreover, since she analyzed the previous version of the Site, the effectiveness of the reconstruction would also be evaluated.

Finally, the study did not examine the accessibility of the Site, therefore further work needs to be done to decide whether it meets the requirement of web accessibility, for instance, a usability test should be undertaken by participation of blind and low-vision users.

CONCLUSION

This paper demonstrates that building a user friendly e-government portal is of paramount importance in the information society. The main e-government portal of a country should apply the findings and results of prior studies and researches on web usability. In doing this, such main sites can serve as a benchmark for best practices for other governmental webpages (such as ministry websites).

To establish legitimacy and credibility, the governments' aim should be to make a good impression on the users. As a result, it can encourage the citizens to use electronic ways to contact with the public administration. Moreover, next to constructing user centered websites, the governments should publish usability guidelines and maintain a site on usability issues. These guidelines can help not only the public agencies to build usable sites, but it can improve the performance of the actors of the private sector.

The findings of this research demonstrate that a simple usability test in the field of government portal designing is valuable, since it is easy to conduct, however it can reveal problems, which can result in harming the credibility and can make the users leave the site. These problems usually are not substantial errors, correcting them requires little effort.⁴⁷ In addition, in spite of not being crucial errors, eliminating them can result in a highly improved user experience. Accordingly, special emphasis should be placed on the communication with the user, on the analysis of the visitors' behavior, and usability tests should be conducted on a regular basis, since it is most effective if it can be an iterative process.

The results of this evaluative research are not only intended to provide some ideas about what should be fixed on the Hungarian e-government portal, but also aimed to underline the importance of web usability, and to offer useful guidelines and aspects for public and private actors as well on how to develop user friendly websites for the citizens.

⁴⁷ Appendix Figure 19

LITERATURE

Anatomy of Colors in Web Design: Blue and the Cool Look

In: <http://www.onextrapixel.com/2010/01/22/anatomy-of-colors-in-web-design-blue-and-the-cool-look/> (Available: 02.05.2011.)

Banerji, Arup; Betcherman, Gordon: Hungary's Aging Population – A Challenge as Well as an Opportunity,

In: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/COUNTRIES/ECAEXT/HUNGARYEXTN/0,,contentMDK:21395111~menuPK:302086~pagePK:2865066~piPK:2865079~theSitePK:302081,00.html> or <http://href.hu/x/f6g7> (Available: 02.05.2011.)

Berman, David (2000): Toward a New Format for Canadian Legislation – Using graphic design principles and methods to improve public access to the law

In: <http://www.davidberman.com/NewFormatForCanadianLegislation.pdf> (Available: 02.05.2011.)

Color Wheel Pro - See Color Theory in Action: Color Meaning

In: <http://www.color-wheel-pro.com/color-meaning.html> (Available: 02.05.2011.)

Csuhaj-Varjú Erzsébet (2002): E-Government Programme in Hungary, In: ERCIM News No.48, January 2002, In: http://www.ercim.eu/publication/Ercim_News/enw48/varju.html

(Available: 16.04.2011.)

Digitizing Public Services in Europe: Putting ambition into action - 9 th Benchmark Measurement, December 2010,

In: <http://www.unic.pt/images/stories/publicacoes4/DigitizingPublicServicesinEuropePuttingambitionintoaction-thBenchmarkMeasurement.pdf> (Available 03.05.2011)

eGovernment Factsheet - Hungary - National Infrastructure:

In: <http://www.epractice.eu/en/document/288264> (Available: 19.04.2011.)

eInclusion Factsheets: eInclusion in Hungary, December 2010, Edition 2.0

In: http://www.epractice.eu/files/eInclusion%20in%20HU%20-%20December%202010-2%200_0.pdf (Available 03.05.2011)

Furman, Susanna (2009): Credibility

In: <http://www.usability.gov/articles/102009news.html> (Available: 02.05.2011.)

Herendy Csilla (2008): Weboldalfejlesztés: hagyományos és innovatív módszerek, In: Médiakutató 2008 winter edition,

http://www.mediakutato.hu/cikk/2008_04_tel/08_weboldalfejlesztes

(Available: 16.04.2011.) [The English version available here:

<http://www.springerlink.com/content/w8j4833j1w24610g/>]

Herendy Csilla (2009): Weboldal-fejlesztés: innovatív és hagyományos módszerek II., In: Médiakutató 2009 spring edition,

http://www.mediakutato.hu/cikk/2009_01_tavasz/04_weboldal_fejlesztes

(Available: 16.04.2011.) [The English version available here:

<http://www.springerlink.com/content/w8j4833j1w24610g/>]

HUD Web Publication Standards and Style Guide

In: <http://www.hud.gov/library/bookshelf11/policies/appendixd.cfm> (Available: 02.05.2011.)

International standards for HCI and usability:

In: http://www.usabilitynet.org/tools/r_international.htm (Available: 19.04.2011.)

Jarrett, Caroline; Gaffney, Gerry: Forms that Work, Designing Web Forms for Usability, San Francisco, USA: Morgan Kaufmann, 2008, pp 5, 20, 70-73, 125-126, 134, 136, 141-142
ISBN-10: 1558607102

Jarrett, Caroline (2008): Label Placement in Forms – What's Best?

In: http://www.bcs.org/upload/pdf/ewic_hc08_v2_paper68.pdf (Available: 24.04.2011.)

Krug, Steve: Don't Make Me Think! A Common Sense Approach to Web Usability, Second Edition, Berkeley, USA: New Riders, 2006, pp 11, 22, 34-37, 54-55, 66, 80-81, 83, 134-135, 138-139, 142, 146-155, ISBN 0-321-34475-8

Krug, Steve: Rocket Surgery Made Easy: The Do-It-Yourself Guide to Finding and Fixing Usability Problems, Berkeley, USA: New Riders, 2010, pp 8, 13-14, ISBN-10: 0-321-65729-2

Nielsen, Jakob (1997): How Users Read on the Web

In: <http://www.useit.com/alertbox/9710a.html> (Available: 23.04.2011.)

Nielsen, Jakob (2000): Why You Only Need to Test with 5 Users

In: <http://www.useit.com/alertbox/20000319.html> (Available: 16.04.2011.)

Nielsen, Jakob (2001): 113 Design Guidelines for Homepage Usability

In: <http://www.useit.com/homepageusability/guidelines.html> (Available 16.04.2011.)

Nielsen, Jakob (2003): Usability 101: Introduction to Usability

In: <http://www.useit.com/alertbox/20030825.html> (Available: 19.04.2011.)

Nielsen, Jakob (2004): The Need for Web Design Standards

In: <http://www.useit.com/alertbox/20040913.html> (Available: 24.04.2011.)

Nielsen, Jakob (2005): Lower-Literacy Users: Writing for a Broad Consumer Audience

In: <http://www.useit.com/alertbox/20050314.html> (Available: 24.04.2011.)

Nielsen, Jakob (2006): F-Shaped Pattern For Reading Web Content

In: http://www.useit.com/alertbox/reading_pattern.html (Available: 23.04.2011.)

Nielsen, Jakob (2008): How Little Do Users Read?

In: <http://www.useit.com/alertbox/percent-text-read.html> (Available: 23.04.2011.)

Nielsen, Jakob; Pernice, Kara: Eyetracking Web Usability. Berkeley, USA: New Riders, 2009, p 219 ISBN-10: 0-321-49836-4

Nielsen, Jakob: Eyetracking Methodology, 65 Guidelines for How to Conduct and Evaluate Usability Studies Using Eyetracking, 2009,

In: <http://www.useit.com/eyetracking/methodology/eyetracking-methodology.pdf> p 25

O'Connell, Christi (2010): Eyetracking and Web site Design

In: <http://www.usability.gov/articles/newsletter/pubs/032010news.html>

(Available: 02.05.2011.)

OECD e-Government Studies: Rethinking e-Government Services, User-centered Approaches, 2009, pp 36, 52, 63, ISBN 978-92-64-05941-2 (PDF)

Plain Language.gov - Federal Plain Language Guidelines

In: <http://www.plainlanguage.gov/howto/guidelines/bigdoc/index.cfm>

(Available: 02.05.2011.)

Plain Language.gov - Improving Communication from the Federal Government to the Public

In: <http://www.plainlanguage.gov/whatisPL/index.cfm> (Available: 23.04.2011.)

Redish, Janice (Ginny): Letting Go of the Words, Writing Web Content that Works. San Francisco, USA: Morgan Kaufmann, 2007, pp 13-14, 31-33, 107, 345-348

Republic of China (Taiwan) Government Entry Point,

In: <http://www.taiwan.gov.tw/mp.asp?mp=999> (Available: 23.04.2011.)

Sibley, Ciara (2008): Web Usability and Aging

In: <http://www.usability.gov/articles/newsletter/pubs/122008news.html>

(Available: 02.05.2011.)

Strizver, Ilene: Type Rules! The designer's guide to professional typography, New Jersey, USA: John Wiley & Sons., 2006, p 44, ISBN-10: 0-471-72114-X

Summers, Kathryn; Summers, Michael (2004): Making the Web Friendlier for Lower-Literacy Users.

In: <http://iat.ubalt.edu/summers/papers/intercom%20making%20web%20friendlier.pdf>

(Available: 24.04.2011.)

Szűts István et al.: The Hungarian E-government Improvement, 5th International Conference on Management, Enterprise and Benchmarking, June 1-2, 2007, Budapest, Hungary, In: kgk.bmf.hu/system/files/21_Szuts.pdf (Available: 16.04.2011.)

Government of Tasmania's page: Web Usability Guidelines, In: http://www.egovernment.tas.gov.au/web_publishing/creating_and_maintaining_a_website/web_guidelines (Available: 23.04.2011.)

Section508.gov: Section 508 Of The Rehabilitation Act

In: <http://www.section508.gov/index.cfm?fuseAction=1998Amend> (Available: 02.05.2011.)

Tasmanian Government Web Usability Guidelines, Version 1.4, July 2010, p 4, In: http://www.egovernment.tas.gov.au/_data/assets/pdf_file/0008/78254/Web_Usability_Guidelines.pdf (Available: 23.04.2011.)

Theofanos, Mary; Redish, Janice (Ginny) (2003): Guidelines for Accessible and Usable Web Sites: Observing Users Who Work With Screen Readers
In: <http://www.redish.net/content/papers/interactions.html> (Available: 02.05.2011.)

Usability.gov, In: <http://www.usability.gov/> (Available: 23.04.2011.)

WAVE - Web Accessibility Evaluation Tool
In: <http://wave.webaim.org/> (Available: 02.05.2011.)

WebAIM - Web Accessibility in Mind: World Laws - Introduction to Laws Throughout the World, In: <http://webaim.org/articles/laws/world/> (Available: 02.05.2011.)

Web Content Accessibility Guidelines (WCAG) 2.0, W3C Recommendation 11. December 2008 In: <http://www.w3.org/TR/2008/REC-WCAG20-20081211/> (Available: 02.05.2011.)

Web Accessibility Initiative: Introduction to Web Accessibility
In: <http://www.w3.org/WAI/intro/accessibility.php> (Available: 02.05.2011.)

Wikipedia: Bobby (software)
In: [http://en.wikipedia.org/wiki/Bobby_\(software\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Bobby_(software)) (Available: 02.05.2011.)

Wikipedia: Eye tracking
In: http://en.wikipedia.org/wiki/Eye_tracking (Available: 24.04.2011.)

THE LIST OF THE STUDIES MENTIONED IN THE I.7. CHAPTER

Abanumy, Abdulmohsen; Al-Badi, Ali; Mayhew, Pam (2005): e-Government Website Accessibility: In-Depth Evaluation of Saudi Arabia and Oman, In: Electronic Journal of e-Government, Volume 3, Issue 3, pp 149-156, ISSN 1479-439X
In: <http://www.ejeg.com/volume3/issue3> (Available: 12.05.2011.)

Arpaci, Ibrahim; Arifoglu, Ali (2009): E-Transformation and technological innovation in Turkey
In: <http://www.iseing.org/emcis/CDROM%20Proceedings%20Refereed%20Papers/Proceedings/Presenting%20Papers/C52/C52.pdf> (Available: 12.05.2011.)

Asiimwe, Edgar Napoleon; Lim, Nena (2010): Usability of Government Websites in Uganda, In: Electronic Journal of e-Government, Volume 8, Issue 1, pp 1-12., ISSN: 1479-439X
In: <http://www.ejeg.com/volume8/issue1> (Available: 12.05.2011.)

Barnes, Stuart J.; Vidgen, Richard (2003): Interactive E-Government: Evaluating the Web Site of the UK Inland Service,
In: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.101.7921&rank=8>
(Available: 12.05.2011.)

Bicharra Garcia, Ana Christina; Maciel Cristiano; Bicharra Pinto, Fernando: A Quality Inspection Method to Evaluate E-Government Sites, In: Wimmer, M.A. et al.: EGOV 2005, LNCS 3591, Berlin-Hiedelberg: Springer-Verlag, 2005, pp. 198-209

Eidaroos, Abdulhadi M.; Probets, Steve G.; Dearnley, James A. (2009): Heuristic Evaluation for e-Government Websites in Saudi Arabia, In: Aloqbi, A., Alsini, I. and Alzimani, K. (eds.). SIC: The Third Saudi International Conference, 5th-6th June 2009: Conference Proceedings.
In: <https://dspace.lboro.ac.uk/dspace-jspui/handle/2134/5779> (Available: 12.05.2011.)

Farhangian, Mohammad Mehdi; Foad, Marzoughi: Modeling an e-government portal and developing a system for tourism industry (2011), In: Hoque, Tanzil: Proceedings of 14th International Business Research Conference, World Business Institute Australia, ISBN: 978-0-9804557-6-2
In: <http://www.wbiconpro.com/paperegovernment.pdf> (Available: 12.05.2011.)

Golubeva, Anastasia; Merkuryeva, Irina; Shulakov, Nikita: Development of E-Government in St. Petersburg: Evaluation of web sites performance and usability
In: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.113.2334>
(Available: 12.05.2011.)

Hoi-Yan Terry Ma; Zaphiris, Panayiotis: The Usability and Content Accessibility of the E-government in the UK,
In: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.140.5076&rank=2>
(Available: 12.05.2011.)

Huang, Chaomeng James (2002): Usability of E-Government Web-Sites for People with Disabilities, In: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.135.7219&rank=3>

(Available: 12.05.2011.)

Joseph, Bwalya Kelvin: E-government Adoption Landscape Zambia: Context, Issues, and Challenges, In: Reddick, Christopher G.: Comparative E-Government (Integrated Series in Information Systems 25), New York: Springer, 2010, pp 241-258, ISBN 978-1-4419-6535-6

Klaassen, Rob; Karreman, Joyce; van der Geest, Thea: Designing Government Portal Navigation Around Citizens' Needs, In: Wimmer, M.A. et al.: EGOV 2006, LNCS 4084, Berlin-Hiedelberg: Springer-Verlag, 2006, pp.162-173, In:

http://www.utwente.nl/ibr/cfes/docs/EN_artikelen/2006-Designing_Government_Portals.pdf

(Available: 12.05.2011.)

Matera, Maristella; Rizzo, Francesca; Carughi, Giovanni Toffetti (2006): Web Usability: Principles and Evaluation Methods, In:

<http://www.webml.org/webml/page93.do?UserCtxParam=0&GroupCtxParam=0&ctx1=EN>

(Available: 12.05.2011.)

Pilling, Doria (2010): Adoption of E-government by Disadvantaged Group in the United States and the United Kingdom, In: Reddick, Christopher G.: Comparative E-Government (Integrated Series in Information Systems 25), New York: Springer, 2010, pp 201-220, ISBN 978-1-4419-6535-6

Roach, Charlene M.L.; Cayer, Joseph N.: Bridging the Other Divide: An Assessment of the Usability of Trinidad and Tobago Government Ministry Websites, In: Reddick, Christopher G.: Comparative E-Government (Integrated Series in Information Systems 25), New York: Springer, 2010, pp 483-504, ISBN 978-1-4419-6535-6

Sharma, Sushil K.; Smith, Sheila; Ahmed, Nazim; Sharma, Subhash Chander; Cata, Teuta (2008): Usability and accessibility study for Indian e-government Websites, In: European Journal of Management, International Academy of Business and Economics, Volume 8, Source Issue: 3, ISSN: 1555-4015

In: <http://www.freepatentsonline.com/article/European-Journal-Management/190617042.html>

(Available: 12.05.2011.)

Villarroel S., Miguel Á.; de la Fuente R., Pablo; Pedrero E., Alberto; Terán P., Jorge: Comparing advances in e-government usability and Web design: A Spanish-Bolivian e-observatory

In: www.cc.gatech.edu/~mikeb/HCI4CID/uploads/Miguel.pdf (Available: 12.05.2011.)

Withrow, Jason; Brinck, Tom; Speredellozzi, Alfred: Comparative Usability Evaluation for an e-Government Portal, Diamond Bullet Design Report #U1-00-2, Ann Arbor, MI. Dec. 2000, p 6, In: www.simplytom.com/research/U1-00-2-egovportal (Available: 23.04.2011.)

Contact:

krisztina@szervay.hu

Figure 3

Ügyintézés » Dokumentumok »

Albérleti szerződés

A dokumentum adatai
Méret: 31 kB
Módosítás dátuma: 2010.01.16.
Fájlnév:

Dokumentum letöltése

Szoba vagy ingatlan bérbeadását jogilag rögzítő szerződés minta

Üi Címkék

szerződés, albérleti

Üi Értékelje a cikket!

1 2 3 4 5

rossz → jó

Figure 4

Ügyintézés » Ügyek »

Tulajdon

A témakörben áttekintjük a tulajdonjogviszonyt és annak változását, a vagyontárgyak körét, például az ingót (gépjárművet is) és az ingatlant; a különféle pénzügyi eszközöket, például a részvényt, kötvényt; valamint az állami lakástámogatással és az építkezéssel továbbá a társasházzal kapcsolatos tudnivalókat. Az öröklésről, a műkincsekről és a szerzői jogról szintén tájékoztatást adunk.

Ingatlan (4)
Bérlakás
Ingatlan
Társasház

Öröklés (4)
Hagyaték
Öröklés, hagyaték
Végrendelet

Ingóságok (4)
Gépjárművel kapcsolatos eljárások
Gépjárművel kapcsolatos biztosítások
Gépjárművel kapcsolatos okmányok

Figure 5

Az építésügyi és az építésfelügyeleti hatóságok jogállása, illetékessége

Az építésügyi és az építésfelügyeleti hatóság feladat- és hatásköre

Az építésügyi és az építésfelügyeleti hatóságok jogállása, illetékessége

Az építésügyi hatósági feladatokat általános építmények, építményszakágok (azaz sajátos építményszakágok, műemléki védelem alatt álló építmények kivételével valamennyi építmény) tekintetében

1. első fokon az építésügyi hatóságként kijelölt fővárosi kerület, település jegyzője, illetve körjegyző a számára kijelölt illetékességi területen látja el (a továbbiakban: elsőfokú építésügyi hatóság),
2. másodfokon a fővárosi és megyei kormányhivatal a fővárosra, illetve megyére kiterjedő illetékességgel (a továbbiakban: másodfokú építésügyi hatóság)

látják el.

Figure 6

Vonat: A Budapest-Nyugati pályaudvarról Ferihegy 1. terminál között 100 járat - köztük InterCity vonatok - könnyíti meg a városból a repülőtérre való kijutást, illetve a városba való bejutást. A fél óránál valamivel rövidebb út ára 300 forint. (A **Budapest Kártyával** rendelkező utasok 20% kedvezményt kapnak.) Érkező utasaink a menetjegyeket az 1-es terminálon található Tourinform irodában vehetik meg reggel 9-től este 10-óráig. A nyitva tartási időn túl a szerelvényeken, a jegykezelőnél is megváltható a jegy. A Ferihegy 1 termináltól autóbuszok szállítják tovább az utasokat a 2A és 2B terminálokhoz. A pontos menetrendjéről a **MÁV Start Zrt. honlapjáról** tájékozódhatnak.

Minibusz: A **Budapest Airport** minibuszai a két terminál, illetve bármely cím között szállítják az utasokat.

1 fő részére 2 990 Ft (retúrjegy 4 990 Ft)

2 fő részére 4 490 Ft (retúrjegy 8 490 Ft)

(Gyerekkedvezmény 6 éves korig.)

Ferihegy 1 és Ferihegy 2 között a transzfer díja 700 forint / fő.

A szolgáltatás megrendelhető a **296-8555**-ös telefonszámon, illetve a **296-8993**-as faxszámon. Jegyek válthatók az érkező vámterületen, illetve a repülőtéri várócsarnokban lévő Budapest airport Airport Passenger Service pultoknál. A szolgáltatásról részletes információk érhetők el a **www.airportshuttle.hu** honlapon.

Taxi: A Zóna Taxi a Budapest Airport és a Zóna Taxi között fennálló szerződés alapján zónák szerint, kötött tarifákkal szállítja az utasokat. A tarifákról és a szolgáltatás részleteiről a **Budapest Airport honlapján** tájékozódhat.

Gépkocsi bérlet, illetve bértárolás őrzött parkolóhelyen mindkét terminálon igénybe vehető.

Reptéri információ

Járatinformáció:

Telefonon: **296-7155** (érkezés, indulás)

Faxon: **296-6000** (érkezés, indulás)

Internetes járatinformáció érkezés, indulás

Poggyászkereső szolgálat

Ferihegy 2A: **296-8108, 296-7217**

Ferihegy 2B: **295-3480, 296-7690**

Minibusz szolgálat: **06 80 296-855, 296-8555**

Váminformáció (8.00-16.00): **296-9696/8306m.**

Air Cargo: **296-8708, Fax: 296-8007**

Telefonos helyfoglalás a MALÉV járataira:

Hétfőtől-péntekig: 7.30-18 óráig,

szombaton: 7.30-14 óráig: **235-3888, 235-3804, 06 40 212121** (kék szám)

(forrás: Magyar Turizmus ZRt., Magyar Légiközlekedési Zrt. Budapest Airport Zrt.)

Figure 7

Országinfó » Információk Magyarországról »

Turizmus

Országának területe nem éri el a 100 000 négyzetkilométert, nyelvét sehol másutt nem beszélik, népdalai nem hasonlítanak másokéra, mégis több mint 1100 éve él Európa közepén a magyar nép. Történelmének gyakori ember- és értékpusztító sorsfordulói ellenére olyan értékeket mondhat magáénak, amelyek miatt messze földről is felkeresik.

Magyarország turisztikai régiói (9)

Budapest

Budapest környéke

Dél-Alföld

Aktív turizmus (7)

Golf

Horgászat

Lovaglás

Közlekedés (6)

Autó

Busz

Hajó

Figure 8

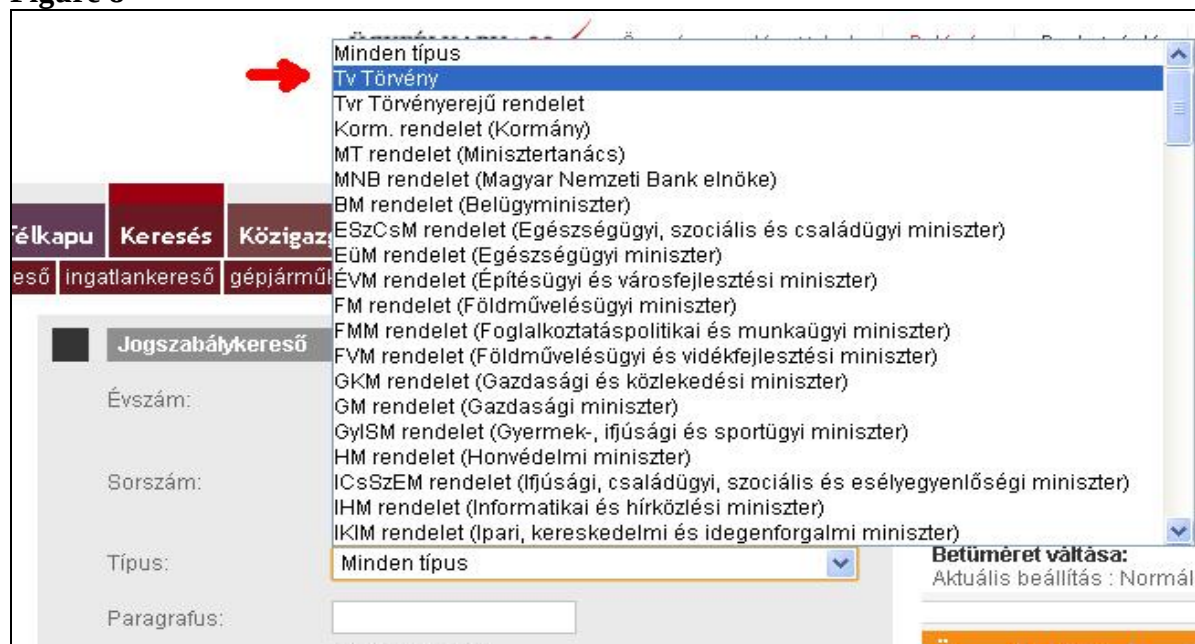


Figure 9

Ügyintézés » Ügyek »

Jog

Minden, ami kapcsolatos a jogokkal. Alkotmány, büntetőjog, bűncselekmények, szabálysértések, polgárjog.

Alkotmányjog (9)

- Alapvető emberi jogok
- Állampolgárság
- Határon túli magyarok

Büntetőjog, szabálysértések (27)

- Büntetési nemek (főbüntetés)
- Büntetési nemek (mellékbüntetések)
- Büntetés kiszabása

Polgári jog (21)

- Szerzői jog

Figure 10

A házasság, a család, az ifjúság és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények

A házasság felbontása

A házassági név

A házassági név módosítása

A házasságkötést megelőző eljárás

A hazatérő magyar állampolgár hogyan kaphat személyazonosító igazolványt?

Ajándékozási szerződés ingó dologra (gépkocsi)

A jármű hivatalból történő kivonása a forgalomból

A jármű kérelemre történő kivonása a forgalomból

A járműkísérőlap igénylésének folyamata

A járműnyilvántartásba bejegyzett jármű tulajdonjog változását igazoló teljes bizonyító erejű magánokirat - iratminta

Figure 11

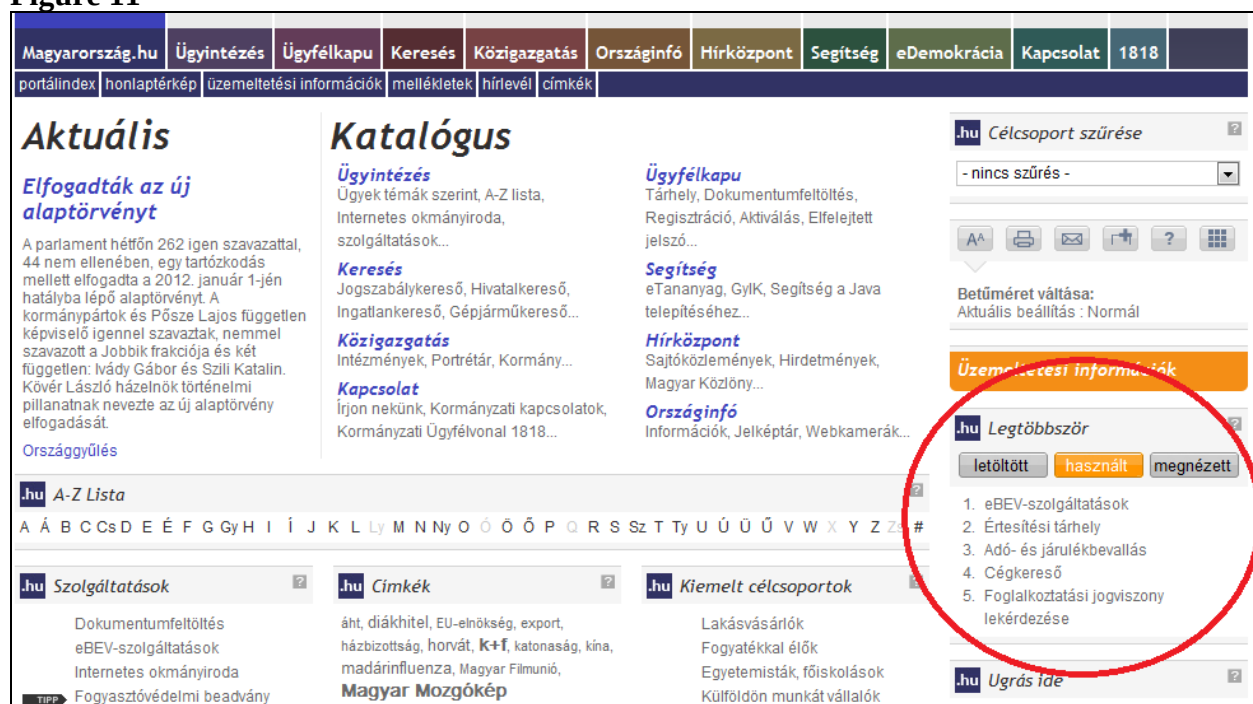


Figure 12

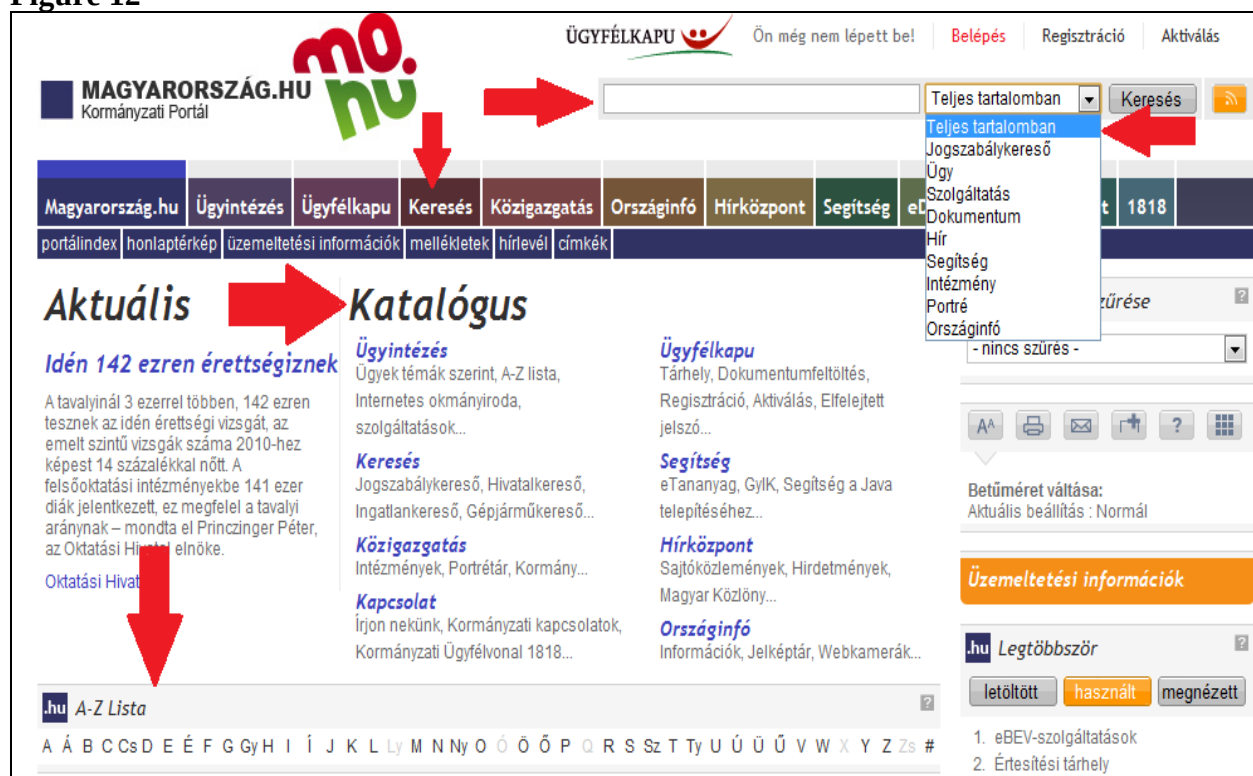


Figure 13

Portálindex	
A portál címszavai ábécé sorrendben.	
A Á B C Cs D E É F G Gy H I Í J K L Ly M N Ny O	
Taggyűlési határozat az ügyvezető visszahívásáról	
Taggyűlési határozat felügyelő bizottsági tag visszahívásáról	
Taggyűlési határozat tag kizárásának kezdeményezéséről	
Taggyűlési határozat ügyvezető megválasztásáról	
Taggyűlési meghívó	
Tájéegységek	
Tájékoztatási kérelem	
Tájékoztató	
Tájékoztató a gyermekkel kapcsolatos családtámogatási, valamint a jogosultság feltételeiről és a bejelentési kötelezettségről	
Tájékoztató az 1408/71/EGK tanácsi rendelet hatálya alá tartozó szociális megállapításához	
Tájékoztató elektronikus ügyintézésről egyéni vállalkozói tevékenységről	
Tájékoztató terhességi-gyermekágyi segély folyósításához	
TAJ-kártya igénylőlap 1.	
TAJ-kártya igénylőlap 2.	
TAJ-nyilvántartással összefüggő szolgáltatások	

Figure 14

Alkotmány	Szolgáltatások	
	E-résztétel	E-döntés
A köztársasági elnök (29. §)	Tájékoztató <u>az állampolgársági ügyekről</u>	Kapcsolatfelvétel <u>a köztársasági elnökkel</u>
	Tájékoztató <u>a kegyelmi ügyekről</u>	
Az Alkotmánybíróság (32/A. §)	Tájékoztató <u>az Alkotmánybíróságról</u>	Indítvány benyújtása <u>az Alkotmánybírósághoz</u>

Figure 15

Telekalakítási eljárás: 2010. január 1-jétől a telekalakítási eljárást a földhivatalok folytatják le. A telekalakítási eljárásban - a műemléki védettség alatt álló, valamint a honvédelmi és katonai célú ingatlanok kivételével - első fokon a körzeti, másodfokon a megyei földhivatalok járnak el. A telekalakítási eljárás kérelemre induló eljárás. A kérelem tartalma szerint a telekalakítási eljárás típusai a következők: 1. telekalakítási engedélyezési eljárás, 2. egyesített telekalakítási eljárás. Az egyesített telekalakítási eljárás lefolytatására vonatkozó kérelem alapján 1. telekalakítás engedélyezésére és 2. a telekalakítási engedély jogerőre emelkedését követően a telek adataiban, továbbá a bejegyzett jogok és feljegyzett tények vonatkozásában a telekalakítással bekövetkező változásnak az ingatlan-nyilvántartásban történő átvezetésére irányuló eljárás indul meg.

Figure 16

KERESÉS A HIRDETMÉNYEK KÖZÖTT

Keresendő kifejezés: Kategória: Időszak:

Forrásintézmény:

KERESÉS [Részletes kereső »](#)

Figure 17

Közigazgatás » Intézmények » A Magyar Köztársaság Kormánya »

Közigazgatási és Igazságügyi Minisztérium

Ki A(z) Közigazgatási és Igazságügyi Minisztérium intézményei

Területi kormányhivatalok[N1]
Egyenlő Bánásmód Hatóság

Közigazgatási és Elektronikus Közszolgáltatások Központi Hivatala
Kormányzati Ellenőrzési Hivatal

A Közigazgatási és Igazságügyi Minisztérium Igazságügyi Szolgálata
Kormányzati Kommunikációs Államtitkárság és a kormánysszóvivő

Létrehozva: 2009. december 9.
 Módosítás: 2010. május 31.
 Forrás: Magyarország.hu

A közigazgatási és igazságügyi miniszter a Kormány Kormányzati tevékenység összehangolásával kapcsolatos feladat- és hatáskörök
A közigazgatási és igazságügyi miniszter szakpolitikai feladat- és hatásköre

Figure 18

Magyarország.hu | Ügyintézés | Ügyfélkapu | Keresés | Közigazgatás | Országinfo | Hírközpont | Segítség | **eDemokrácia** | Kapcsolat | 1818

forum | forumszabályzat | eDemokrácia | címkék

eDemokrácia » [hu](#) Célcsoport szűrése

Figure 19

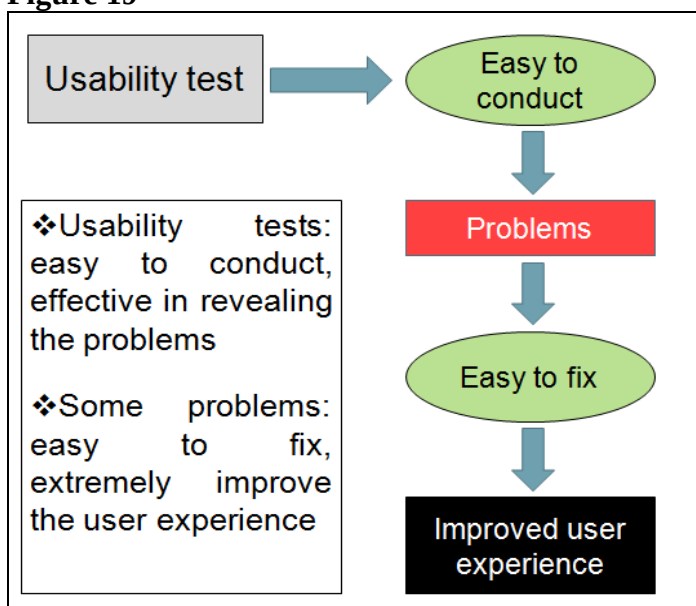
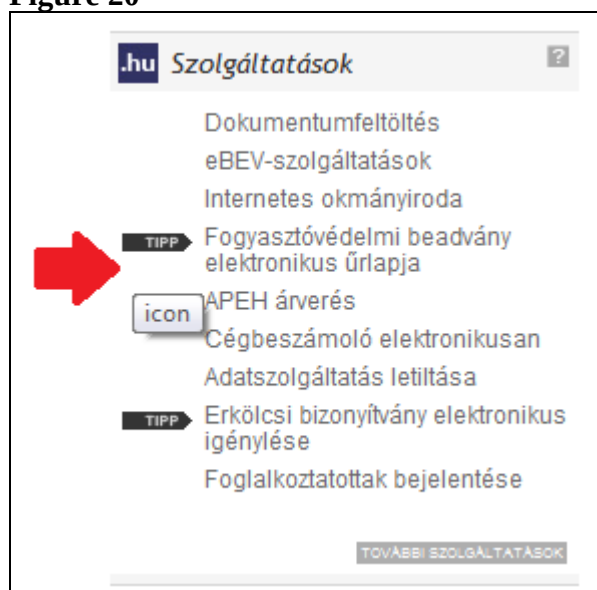


Figure 20



RETROAKTIVITA A PŘEDVÍDATELNOST PRÁVA

PETR BOUDA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, ČR

Abstract in original language

Článek se zabývá některými problematickými otázkami, které vyvstaly v souvislosti s potřebou aplikovat princip zákazu retroaktivity a princip ochrany legitimního očekávání, na vybrané příklady (Mangold v Helm, změny zákona č. 180/2005 Sb., dodatečná srážková daň pro majitele fotovoltaických elektráren) z pohledu současné právní teorie.

Key words in original language

retroaktivita, legitimní očekávání, fotovoltaické elektrárny, dodatečné zdanění

Abstract

Article describes several difficult questions that emerged in connection with the necessity to applicate the principle of non-retroactivity of law and the principle of legitimate expectations on selected cases (Mangold v Helm, ammendments to the law number 180/2005 Coll., additional taxation of the owners of photovoltaic power plants) from the point of view of the recent legal theory.

Key words

retroactivity, legitimate expectations, photovoltaic power stations, additional taxation

1. RETROAKTIVITA A PŘEDVÍDATELNOST PRÁVA

Název příspěvku vypadá na první pohled jako vnitřně rozporný – jdou vůbec retroaktivita a předvídatelnost k sobě? Mají něco společného? Domnívám se, že ano, a že se s oběma těmito pojmy můžeme setkat v principu ochrany legitimního očekávání. Právě tento princip se pokusím vymezit a demonstrovat jeho fungování na příkladu investorů do fotovoltaických elektráren. Nejprve však bude nutné vymezit si pojem retroaktivity.

2. POJEM RETROAKTIVITY

Rozlišovat mezi pravou a nepravou retroaktivitou vypadá na první pohled jako snadný úkol, který by měli zvládnout studenti prvního ročníku právnické fakulty.¹ Bylo by zbytečné připomínat, že: „*Podstatou pravé*

¹ Tomu ostatně odpovídá minimální rozsah, jaký otázce retroaktivity věnují učence teorie práva, např. Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A. Teorie práva. 1. vydání. Praha: Eurolex

zpětné působnosti je, že podle určité současné právní normy je možno posoudit právní skutečnosti, či právní vztahy, které se uskutečnily dříve než právní norma nabyla účinnosti, resp. to, že nová právní norma může změnit právní následky, které podle práva nastaly přede dnem její účinnosti. Pro nepravou retroaktivitu platí, že právní vztahy vzniklé za platnosti práva starého se spravují tímto právem až do doby účinnosti práva nového, poté se však řídí tímto novým právem. Vznik právních vztahů existujících před nabytím účinnosti nové právní úpravy a právní nároky z nich vzniklé se řídí původní, zrušenou, právní normou. Obecně platí, že v případech časového střetu staré a nové právní normy se použije nepravá retroaktivita.“²

Bohužel v řadě případů je určení typu retroaktivity problematické, jak dokazuje například nálezn Ústavního soudu ze dne 10. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 27/09 (kauza Melčák), v němž je pouze naznačováno, že se jedná o pravou retroaktivitu, ačkoli se jinak argumentuje obecným zákazem (jakékoli) retroaktivity a ve skutečnosti se jedná o retroaktivitu nepravou. Dále se ozývají i názory, že současné rozlišování pouze na pravou a nepravou retroaktivitu není dostatečné a je zapotřebí přijít s novým, přesnějším vymezením. Z hlediska zásahu do legitimního očekávání, resp. do právní jistoty adresáta retroaktivní právní normy však již základní dělení retroaktivity na pravou a nepravou prakticky nemá význam, takže je otázka, zda má podrobnější typologie vůbec smysl. Už pouhý fakt, že právní norma je retroaktivní, znamená, že zde může dojít k zásahu do principu legitimního očekávání adresáta,³ bez ohledu na to, že pravá retroaktivita je obecně nepřipustná, zatímco nepravá retroaktivita je obecně přípustná.⁴ Rozdíl je jen v míře pravděpodobnosti porušení principu legitimního očekávání a v požadavcích na přísnost testu proporcionality.

Bohemia, s. r. o., 2001, str. 86. ISBN 808639574X. Navíc je definice nepravé retroaktivity v této učebnici nepřesná, protože zjednodušená. Nepravá retroaktivita není situace, kdy vznik právního vztahu se posuzuje podle normy účinné v době vzniku tohoto vztahu, zatímco obsah právního vztahu, práva a povinnosti subjektů se posuzují podle normy nové. To by totiž znamenalo faktické vyprázdnění obsahu právního vztahu, např. vlastníkovi určité věci by mohlo být ponecháno toliko „holé vlastnictví“.

² Nález Ústavního soudu ze dne 12. 3. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 33/01, str. 6. Shodně též nálezn Ústavního soudu ze dne 31. 1. 2007, sp. zn. III. ÚS 558/06, str. 5.

³ Nález Ústavního soudu ze dne 4. 2. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 21/96, str. 8: „Zrušení staré a přijetí nové právní úpravy je nutně spojeno se zásahem do principů rovnosti a ochrany důvěry občana v právo. Dochází k tomu v důsledku ochrany jiného veřejného zájmu či základního práva a svobody. Posuzování tohoto konfliktu hlediskem proporcionality s ohledem na intertemporalitu by mělo vést k závěru o druhu legislativního řešení časového střetu právních úprav.“

⁴ Nález Ústavního soudu ze dne , sp. zn. Pl. ÚS 21/96, potvrzený nálezem Ústavního soudu ze dne 12. 3. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 33/01. Nepravá retroaktivita je obecně přípustná, nikoli však „automaticky“ přípustná, jak dovodil Vrchní soud v Praze v rozsudku ze dne 26. 5. 1995, sp. zn. 6 A 81/94.

Zdá se, že si toho byl vědom i zákonodárce. Článek 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod⁵ lze chápat jako obecně vyjádřený zákaz retroaktivity. Ačkoli se vztahuje pouze na oblast trestního práva, v kombinaci s článkem 1 Ústavy lze tento zákaz retroaktivity rozšířit i na další oblasti práva, což potvrdil Ústavní soud v nálezu ze dne 8. 6. 1995, sp. zn. IV. ÚS 215/94, v nálezu ze dne 24. 5. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 16/93, nebo v nálezu ze dne 12. 3. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 33/01, v němž posuzoval retroaktivitu daňového předpisu. V posledně uvedeném nálezu je výslovně uvedeno, že: „*Akcent kladený na zákaz zpětné účinnosti právních norem jako na jeden ze základních prvků právního státu pramení z požadavku právní jistoty. Zákaz retroaktivity spočívá v tom, že podle současné právní normy zásadně 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 zakázáno, aby mohl být za porušení zákazu volán k zodpovědnosti. Tento zákaz souvisí i s funkcí právních norem, které svým adresátům ukládají, jak se mají chovat po jejich účinnosti, a proto zásadně platí jen do budoucna.*“

Zároveň bych chtěl již zde vyvrátit možnou námitku, že Ústavní soud ztotožňuje retroaktivitu pouze s „pravou retroaktivitou“, protože „nepravá retroaktivita“ vlastně v jeho pojetí žádnou retroaktivitou není. Ústavní soud hovoří ve zmíněných nálezech o všeobecném zákazu retroaktivity⁶ a pouze v nálezu Pl. ÚS 33/01 hovoří také – ovšem ne v souvislosti se všeobecným zákazem retroaktivity – o pravé a nepravé retroaktivitě.⁷ Naproti tomu v nálezu ze dne 31. 1. 2007, sp. zn. III. ÚS 558/06 Ústavní soud na str. 4 uvádí, že: „...*princip zákazu účinků pravé retroaktivity právní normy potvrdil opakovaně i Ústavní soud ve své judikatuře (např. nález ve věci sp. zn. Pl. ÚS 21/96, Sbírka nálezu a usnesení Ústavního soudu, svazek 7, nález č. 13, vyhlášen pod č. 63/1997 Sb., nebo nález ve věci sp. zn. I. ÚS 287/04, uveřejněn tamtéž, svazek 35, nález č. 174).*“ V těchto naposled zmíněných nálezech Ústavní soud rozlišoval jednotlivé typy retroaktivity. Lze tedy říci, že pokud by Ústavní soud chtěl hovořit pouze o zákazu pravé retroaktivity, pak by to jasně uvedl ve svých nálezech.

3. RETROAKTIVITA V PRÁVNÍ REGULACI FOTOVOLTAICKÝCH ELEKTRÁREN

Příkladem, na kterém lze demonstrovat účinky různých typů retroaktivity, je razantní postup České republiky vůči investorům do fotovoltaických

⁵ „*Trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.*“

⁶ Navazuje tak na nález Ústavního soudu ČSFR, ze dne 10. 12. 1992, sp. zn. Pl. ÚS 78/92.

⁷ Lze se domnívat, že pokud by chtěl Ústavní soud vyjádřit obecný zákaz pravé retroaktivity, pak by tak v tomto nálezu učinil.

elektráren (dále též „zařízení“). Skutkový stav je sice známý, dovolím si proto jen krátké shrnutí. Základem právní úpravy, která způsobila doslova investiční boom v oblasti fotovoltaických elektráren, byl zákon č. 180/2005 Sb., o podpoře využívání obnovitelných zdrojů, v původním znění, který zavedl – ve srovnání se sousedními státy⁸ – velkorysý systém přímé cenové podpory elektřiny, vyrobené v těchto zařízeních. Výkupní cena elektřiny byla stanovena tak, aby u zařízení, uvedeného do provozu po dni nabytí účinnosti zákona, bylo při podpoře výkupními cenami dosaženo jednak patnáctileté doby návratnosti investic a jednak přiměřeného zisku. Dále měla být zachována též výše výnosů (tedy nikoli pouze výše výkupních cen) za jednotku elektřiny při podpoře výkupními cenami po dobu 15 let od roku uvedení zařízení do provozu. Energetický regulační úřad mohl za předchozího znění zákona snížit podporu výkupních cen maximálně o 5% ročně. Navíc byli provozovatelé fotovoltaických elektráren osvobozeni od daně z příjmu⁹ po dobu šesti let ode dne uvedení zařízení do provozu.

Díky tomu se investice do těchto zařízení jevily jako bezrizikové, protože státem garantované. V prvních letech účinnosti zákona k žádnému investičnímu boomu nedošlo, od roku 2008¹⁰ se však výrazně (v řádu desítek procent) snížily investiční náklady díky poklesu ceny fotovoltaických panelů. Ačkoli nárůst počtu investorů i celkového objemu investic do fotovoltaických elektráren nebyl okamžitý, český zákonodárce na tyto skutečnosti (z nejruznějších důvodů) nijak nereagoval a zákon č. 180/2005 Sb. začal měnit až ve chvíli, kdy si plně uvědomil možné finanční dopady na provozovatele přenosových a distribučních soustav, tudíž i na

⁸ V Německu, Rakousku, Slovensku i Polsku byly výkupní ceny elektřiny vyrobené z tzv. obnovitelných zdrojů, mezi které patří též fotovoltaické elektrárny, nižší. Viz graf č. 2 v článku ZAJÍČEK, M. *Účet za 700 miliard*. Pro Energy, č. 3, 2010, s. 63. ISSN 1802-4599. [online]. [cit. 28. dubna 2011]. Dostupný z: <<http://pro-energy.cz/clanky15/4.pdf>>.

⁹ Podle § 4 odst. 1 písm. e) v kombinaci s § 19 odst. 1 písm. d) zákona č. 586/1992 Sb., ve znění do 31. 12. 2010 byla osvobozena zařízení v kalendářním roce, v němž byla poprvé uvedena do provozu, a v bezprostředně následujících pěti letech. Za první uvedení do provozu se považuje i uvedení zařízení do zkušebního provozu, na základě něhož plynuly nebo plynou poplatníkovi příjmy. Doba osvobození se nepřerušuje ani v případě odstávky v důsledku technického zhodnocení (§ 33) nebo oprav a udržování.

¹⁰ Viz graf č. 1 v článku ZAJÍČEK, M. *Účet za 700 miliard*. Pro Energy, č. 3, 2010, s. 62. ISSN 1802-4599. [online]. [cit. 28. dubna 2011]. Dostupný z: <<http://pro-energy.cz/clanky15/4.pdf>>.

koncové spotřebitele.^{11 12} Jen pro zajímavost lze dodat, že zákonodárce svou nečinností nerespektoval ani princip trvale udržitelného rozvoje.¹³

Paradoxně podle důvodové zprávy k zákonu č. 180/2005 Sb. zákonodárce předpokládal, že: „*Návrh zákona nepředpokládá státní dotace na podporu výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů. Systém podpory předpokládá promítnutí zvýšených nákladů, vyvolaných vyššími výkupními cenami a cenami zelených certifikátů, do cen elektřiny konečných zákazníků...Navrhovaný systém podpory výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů energie povede ve svém důsledku k postupnému zvyšování cen elektřiny pro konečné zákazníky, tedy i pro státní orgány a instituce, jejichž náklady jsou hrazeny ze státního rozpočtu. Propočty ukazují, že tento nárůst cen elektřiny by se mohl pohybovat kolem 1% ročně, což je jistě možno pokrýt úsporami v objemu spotřeby elektřiny, či v jiných částech rozpočtu každé organizace...V ostatních odvětvích národního hospodářství se navrhovaná právní úprava dotkne podnikatelské sféry v důsledku vlivu poskytované podpory na ceny elektřiny pro konečné zákazníky...Lze se oprávněně domnívat, že vliv návrhu nového zákona, který je rozložen v čase a relativně malý, bude vesměs kompenzován obecným úsilím podnikatelských subjektů o snížení výrobních nákladů a nepovede tak ke vzrůstu cen jejich výrobků a poskytovaných služeb.*“¹⁴ Zákonodárce nečekal, že dojde k výraznému snížení cen fotovoltaických panelů (což mu lze stěží vyčítat), ani s tím, že dojde k výstavbě rozsáhlých fotovoltaických elektráren.¹⁵

Jaké konkrétní změny právní úpravy fotovoltaických elektráren zákonodárce provedl?

1. zrušení osvobození fotovoltaických elektráren od daně z příjmu (a prodloužení odpisů na 20 let)
2. zavedení dodatečné 26%, resp. 28% srážkové daně na výkupní ceny, resp. zelený bonus

¹¹ ZAJÍČEK, M. *Účet za 700 miliard*. Pro Energy, č. 3, 2010, s. 67. ISSN 1802-4599. [online]. [cit. 28. dubna 2011]. Dostupný z: <<http://pro-energy.cz/clanky15/4.pdf>>.

¹² Důvodová zpráva k zákonu č. 402/2010 Sb., dostupná z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=145&CT1=0>

¹³ Doležalová, H. Podpora využívání energie z obnovitelných zdrojů: Fotovoltaika. COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. ed. Brno : Masaryk University, 2010, ISBN 978-80-210-5151-5.

¹⁴ Parlament České republiky. Důvodová zpráva k zákonu č. 180/2005 Sb., [online]. [cit. 28. dubna 2011]. Dostupná z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=158&CT1=0>>.

¹⁵ Hospodářské noviny iHNed [online]. [cit. 27. dubna 2011]. <http://ekonomika.ihned.cz/c1-49160660-jen-48-hodin-delilo-cez-od-ztraty-miliard-solarni-elektrany-ale-nakonec-zapojil-vcas>

3. možnost Energetického regulačního úřadu snížit podporu více než o 5% ročně

4. ZRUŠENÍ OSVOBOZENÍ OD DANĚ Z PŘÍJMU

Původní vládní návrh novely zákona o dani z příjmu přinášel zrušení onoho osvobození od daně z příjmů nejen z fotovoltaických elektráren, ale i z ostatních, řekněme „ekologických“, zařízení, a to jak u fyzických, tak u právnických osob. Z důvodů právní jistoty a legitimního očekávání investorů, kteří splnili (a nejpozději do konce roku 2011 splní) podmínky stanovené zákonem pro osvobození od daně z příjmu, bylo navrženo zrušit osvobození od daně z příjmu až od roku 2012, a to pouze u těch zařízení, která byla uvedena do provozu v roce 2012 a později. Jinými slovy, pokud investor stihne zařízení uvést do provozu do konce roku 2011, bude po následujících 5, resp. 6 let osvobozen od daně z příjmu z provozování fotovoltaické elektrárny. Z toho je zřejmé, že zákonodárce zvolil dostatečně dlouhou legisvakanční lhůtu proto, aby měli investoři dostatek času svá zařízení uvést do provozu a aby tudíž stát nezasáhl do jejich legitimního očekávání. Z hlediska retroaktivity však délka legisvakanční lhůty nehraje roli.

V případě takto zvolené změny právní úpravy navíc nešlo ani o pravou, ani o nepravou retroaktivitu ve smyslu v úvodu citované definice. Původní návrh zákona působil čistě pro futuro, došlo zde totiž k uplatnění výjimky z nepravé retroaktivity,¹⁶ přičemž touto výjimkou je intertemporální ustanovení, dle něhož se právní nároky, založené původní právní úpravou, budou i nadále řídit původní úpravou. V úvodu zmíněné definici je tato vlastnost chápána jako integrální součást nepravé retroaktivity a v tomto pojetí se tudíž vskutku nejedná o zpětnou působnost zákona.¹⁷ Já však chápu intertemporální ustanovení ve shodě s Vilémem Steinerem jako výjimku

¹⁶ Steiner, V. K problematice nepřipustnosti retroaktivity právních norem. *Právník*, 1994, č. 1, s. 1-6.

¹⁷ Rozdíl mezi pravou a nepravou retroaktivitou je pouze v tom, že v případě pravé retroaktivity nová právní úprava mění účinky původní právní úpravy, které nastaly před přijetím nové právní úpravy, zatímco nepravá retroaktivita znamená, že účinky, které nastaly podle původní právní úpravy od okamžiku účinnosti nové úpravy, jsou modifikovány podle nové právní úpravy. V obou případech jde o skutečnou, nefalšovanou zpětnou působnost, která zasahuje legitimní očekávání adresáta právní úpravy. Toto dělení odpovídá i názoru Emanuela Tilsche, citovaného např. v nálezu Ústavního soudu ze dne 4. 2. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 21/96.

z nepravé retroaktivity, nikoli jako její součást¹⁸ a tohoto pojetí se přidržím i ve zbytku příspěvku.

Zákonodárce nicméně původní návrh několikrát přepracoval, až dospěl k zákonu č. 346/2010 Sb., který výrazně novelizoval zákon o dani z příjmu. Ustanovení § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 586/1992 Sb. bylo zrušeno bez náhrady a v přechodných ustanoveních bylo konstatováno, že: „*osvobození podle § 4 odst. 1 písm. e) nebo § 19 odst. 1 písm. d) zákona č. 586/1992 Sb., ve znění účinném do dne nabytí účinnosti tohoto zákona, se naposledy použije za zdaňovací období, které započalo v roce 2010.*“ V tomto případě se podle všeho jedná o nepravou retroaktivitu, což potvrzuje i úmysl zákonodárce, vyjádřený v důvodové zprávě na straně 27.¹⁹ Zákon č. 346/2010 byl přijat dne 12. 11. 2010 a nabyl účinnosti dne 1. 1. 2011, legisvakanční lhůta pro adresáty právní normy tak byla velmi krátká. Protože si zákonodárce byl vědom toho, že takto konstruovanou změnou zákona č. 586/1992 Sb. zasahuje do principu ochrany legitimního očekávání, odůvodnit nepravou retroaktivitu zákona v důvodové zprávě tak, že je: „*...obhajitelná, jelikož se jedná o systémovou změnu, která je ve veřejném zájmu a zároveň je společensky naléhavá. Navržená úprava směřuje k naplnění významného veřejného zájmu, (zachování stability cen energií, nezvyšování veřejného dluhu apod.), kterým by bylo možné v duchu judikatury Ústavního soudu odůvodnit i potenciální zásah do legitimního očekávání poplatníků.*“²⁰ Není však od věci provést test proporcionality pro vyřešení střetu principu ochrany legitimního očekávání na straně jedné a veřejného zájmu na straně druhé (viz níže).

5. DODATEČNÉ ZDANĚNÍ

Ve snaze omezit investice do fotovoltaických elektráren přistoupil český zákonodárce k zavedení dodatečné 26% daně na výkupní cenu elektřiny z OZE, resp. 28% daň na finanční částky vyplácené ve formě „zeleného bonusu“.²¹ Je signifikantní, že důvodová zpráva zákona č. 402/2010 Sb. nezkoumá soulad tohoto dodatečného zdanění s mezinárodními smlouvami na ochranu investic nebo s Dohodou o energetické chartě, soulad s ústavním

¹⁸ Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 26. 5. 1995, sp. zn. 6 A 81/94: „*Ostatně tam, kde to zákonodárce považuje za vhodné; může účinky i nepravé retroaktivity vyloučit nebo oslabit intertemporálními ustanoveními nových zákonů.*“

¹⁹ „*...osvobození budou moci poplatníci využít naposledy za zdaňovací období, které započalo v roce 2010. To mimo jiné znamená, že změna se bude vztahovat i na poplatníky, kteří uvedli ekologické zdroje a zařízení do provozu před nabytím účinnosti této novely.*“ Sněmovní tisk č. 158/0, 6. volební období, od 2010. Novela zákona o daních z příjmů [online]. Parlament České republiky. Změněno 1. 2. 2011 [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=158&CT1=0>>.

²⁰ Důvodová zpráva k zákonu č. 346/2010 Sb., str. 28.

²¹ Viz ustanovení § 7a až 7i zákona č. 402/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 180/2005 Sb.

pořádkem je toliko konstatován.²² Kromě porušení zásad berního práva (zásada daňové spravedlnosti, zásada daňové únosnosti, zásada primárně fiskálního účelu zdanění) je dodatečná daň²³ také retroaktivní. Otázkou je, o jaký typ retroaktivity jde a dále, zda má toto určení význam z hlediska zásahu do legitimních očekávání?

Zákonem č. 402/2010 Sb. (který byl přijat 14. 12. 2010 a účinnosti nabyl již 1. 1. 2011) zavedená daň s sebou nese přinejmenším změnu vztahu mezi investory a bankami a dále změnu podmínek, z nichž investoři vycházeli při původním plánování a které byly dány zákonem (návrtnost investice, garantované výkupní ceny).²⁴ Předmětem daně je elektřina vyrobená ze slunečního záření v období od 1. 1. 2011 do 31. 12. 2013, daň přitom dopadá pouze na zařízení uvedená do provozu v období od 1. 1. 2009 do 31. 12. 2010.²⁵ Z mého pohledu se zákonodárce chtěl vyhnout právě retroaktivitě, proto dodatečně zdanil pouze budoucí příjmy, nikoli příjmy minulé. Tím zákonodárce celý problém přesunul do otázky přípustnosti nepravé retroaktivity, ovšem dále se tímto problémem již nezabýval (resp. otázkou retroaktivity se zákonodárce v důvodové zprávě k zákonu č. 402/2010 Sb. nezabýval vůbec). To následně vedlo Podvýbor Senátu pro energetiku k přijetí usnesení, v němž doporučuje přezkoumat zákon č. 402/2010 Sb. Ústavním soudem.²⁶ V debatě, která přijetí tohoto usnesení

²² Sněmovní tisk č. 145/0, 6. volební období, od 2010. Novela zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů. [online]. Parlament České republiky. Změněno 1. 2. 2011 [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=145&CT1=0>>.

²³ Ačkoli zákon používá namísto pojmu „daň“ pojem „odvod“, lze říci, že: „...původní návrh týkající se zavedení srážkové daně nebyl přijat zejména proto, že srážkovou daň nelze podle zákona o daních z příjmů zahrnout do daňově uznatelných nákladů výrobce elektřiny, nahradili tvůrci novely tento institut terminologicky jiným názvem. Obsahově je však „odvod“ daní, neboť má stejné charakteristické rysy.“ Viz Vondráčková, P. Rizika nekonceptní právní úpravy v oblasti solární energie [online]. Eprávo.cz. [cit. 2011-04-28]. Dostupné z: <<http://www.epravo.cz/top/clanky/rizika-nekonceptni-pravni-upravy-v-oblasti-solarni-energie-70874.html>>.

²⁴ Podle důvodové zprávy k zákonu č. 180/2005 Sb., v původním znění, bylo smyslem zákona zachovat výši výnosů po dobu 15 let od roku uvedení zařízení do provozu (tj. splnění podmínek), včetně zohlednění inflace, důvodem k této právní úpravě pak bylo poskytnout investorům, resp. finančním ústavům, u nichž měli tyto investoři úvěry, záruku, že budou moci tyto úvěry splácet (lze se domnívat, že bez této záruky by řada investorů úvěr nedostala). Naopak nebylo smyslem původního znění zákona každoročně ad hoc měnit výši podpory. Viz Sněmovní tisk č. 529/0, 4. volební období, 2002-2006. Vládní návrh zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů [online]. Parlament České republiky. Změněno 1. 2. 2011 [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=4&CT=529&CT1=0>>.

²⁵ Což lze považovat za diskriminační. Podrobnější analýza však přesahuje rámec tohoto příspěvku.

²⁶ Senátoři podpořili návrh na přezkoumání daně Ústavním soudem [online]. SolarniNovinky.cz [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <<http://www.nhpartners.cz/publikace/senatori-podporili-navrh-na-prezkoumani-solarni-dane-ustavnim-soudem.pdf>>.

předcházela, byla zmíněna jak retroaktivita, tak zásah do legitimního očekávání investorů.²⁷ Jen pro úplnost, ústavní stížnost skupiny senátorů vůči zákonu č. 402/2010 Sb. byla dne 11. 3. 2011 podána Ústavnímu soudu, který o ní rozhodne v plénu.²⁸

Domnívám se, že dodatečné zdanění nelze považovat za příklad pravé retroaktivity²⁹. O pravou retroaktivitu by šlo v případě, kdy by zákonodárce uvalil srážkovou daň kromě jiného též na příjmy, které byly dosaženy před účinností zákona č. 402/2010 Sb., tedy by došlo ke změně původního právního vztahu *ex tunc*. Protože se však dodatečná daň vztahuje pouze na příjmy, dosažené po účinnosti zákona č. 402/2010 Sb., byť jejich základem je právní vztah, který vznikl ještě před nabytím účinnosti zákona č. 402/2010 Sb., jedná se o nepravou retroaktivitu. To ovšem neznamená, že zákon č. 402/2010 Sb. nemohl nepřiměřeným způsobem zasáhnout do legitimních očekávání investora, neboť chybí intertemporální ustanovení, které by zajistilo, že nároky investora budou i po přijetí zákona č. 402/2010 Sb. zachovány. Pokud by zákonodárce tuto výjimku z nepravé retroaktivity přijal, pak by nezabránil důsledkům, které popsal v důvodové zprávě (zvýšení cen elektřiny pro domácnosti o 12,7 % a pro průmyslové velkoodběratele o 18,4 %, k propadu průmyslové výroby, k okamžitému propouštění u velkých průmyslových podniků v řádu desítek tisíc zaměstnanců).

Podpůrným argumentem pro tvrzení, že dodatečné zdanění je retroaktivní, je jeho selektivnost (abych neřekl rovnou diskriminace), s jakou přistupuje ke zdanění jednotlivých zařízení. Zákon č. 402/2010 Sb. nezavádí daň pro zařízení, která splní podmínky³⁰ pro získání zvýšené výkupní ceny, resp. zeleného bonusu ode dne nabytí účinnosti zákona, tj. od 1. 1. 2011, ale zdaňuje pouze zařízení, která tyto podmínky splnila, a to pouze v letech 2009 a 2010. Důvodem je související opatření, stručně popsané v bodu 3. tohoto příspěvku.

²⁷ Zápis z 2. schůze Podvýboru pro energetiku Senátu Parlamentu České republiky ze dne 19. 1. 2011 [online]. Senát České republiky. [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <http://www.senat.cz/xqw/webdav/pssenat/webFile/58830/49862/02-19.01.2011-Zapis_z_2._schuze.doc>.

²⁸ Projednávané plenární věci [online]. Ústavní soud České republiky. [cit. 2011-04-10]. Dostupné z: <<http://www.concourt.cz/clanek/388>>.

²⁹ Tímto se omlouvám za odlišný názor v příspěvku „Rizika mezinárodních arbitráží vedených zahraničními investory proti ČR“, prezentovaném na konferenci Právní rozpravy 2011, v němž jsem konstatoval, že dodatečné zdanění je příkladem pravé retroaktivity. Omluvou mi je fakt, že tato špatná kvalifikace by neměla na výsledek posouzení zásahu do principu legitimního očekávání vliv.

³⁰ Podmínky jsou vymezené v zákoně č. 180/2005 Sb. a souvisejících právních předpisech (vyhláška č. 51/2006), pro tento příspěvek však nejsou podstatné.

Díky přijetí retroaktivního zákona č. 402/2010 Sb. došlo k zásahu do legitimního očekávání investorů do fotovoltaických elektráren, je tedy nutné posoudit, zda je tento zásah v souladu s principem ochrany legitimního očekávání, konkrétně legitimního očekávání zmnožení vlastního majetku plněním ze strany státu. Problémem zákona č. 402/2010 Sb. je v souvislosti s legitimním očekáváním také extrémně krátká legisvakační lhůta, neboť zákon byl přijat 14. 12. 2010 a účinnosti nabyl již 1. 1. 2011, investoři do fotovoltaických elektráren tak měli pouze 17 dní na reakci na tuto změnu, při zohlednění vánočních svátků to bylo ještě méně. Přístup zákonodárce ostře kontrastuje s právní úpravou rušící osvobození fotovoltaických elektráren od daně z příjmu (viz výše).

6. MOŽNOST SNÍŽIT PODPORU O VÍCE NEŽ 5% ROČNĚ

Energetický regulační úřad vydal dne 8. 11. 2010 cenové rozhodnutí č. 2/2010, kterým se stanovuje podpora pro výrobu elektřiny z obnovitelných zdrojů energie, kombinované výroby elektřiny a tepla a druhotných energetických zdrojů, jímž s účinností od 1. 1. 2011 došlo (ve srovnání s předchozím rokem) mimo jiné ke snížení výkupní ceny a zelených bonusů pro výrobu elektřiny využitím slunečního záření, a to přibližně o 60%.³¹ Toto opatření bylo umožněno přijetím zákona č. 137/2010 Sb., (účinný ode dne 21. 4. 2010) kterým došlo ke změně § 6 odst. 4 zákona č. 180/2005 Sb., o podpoře obnovitelných zdrojů energie. Pro zařízení uvedená do provozu do konce roku 2010 platí původní znění, dle něhož lze výkupní ceny snižovat nanejvýš o pět procent ročně. Pro zařízení uvedená do provozu v roce 2011 pak již platí novelizované znění tohoto ustanovení, dle něhož je možné výkupní cenu snížit v rámci zbývajících zákonných omezení (§ 6 odst. 1 až 3 POZ) pro ty druhy OZE, u nichž je návratnost investic kratší než 11 let. Novela neobsahuje žádné konkrétní procento, o jaké by bylo možno cenu snížit a Energetický regulační úřad tak má v této záležitosti velký prostor pro vlastní správní uvážení.³² Důsledkem přijetí zákona a následného vydání cenového rozhodnutí byl – mimo jiné - závod o uvedení zařízení do provozu do konce roku 2010.

Účinky zákona č. 137/2010 Sb. nelze označit za pravou retroaktivitu, jedná se opět o nepravou retroaktivitu, která pro futuro mění účinky dříve

³¹ „...pro zdroj s instalovaným výkonem do 30 kWp včetně z částky 12,50 Kč/kWh na částku 5,50 Kč/kWh, s instalovaným výkonem nad 30 kWh do 100 kWh včetně z částky 12,40 Kč/kWh na částku 5,90 Kč/kWh, a byl stanoven tarif pro zdroj s instalovaným výkonem nad 100 kWh ve výši 5,50/kWh.“ Vondráčková, P. Rizika nekoncepční právní úpravy v oblasti solární energie [online]. Epravo.cz. [cit. 2011-04-28]. Dostupné z: <<http://www.epravo.cz/top/clanky/rizika-nekoncepni-pravni-upravy-v-oblasti-solarni-energie-70874.html>>.

³² Platí ovšem, že i v případě správního uvážení musí být dodržena proporcionalita mezi negativními dopady rozhodnutí na práva, svobody a zájmy osoby, a sledovaným účelem. Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 2. 2008, sp. zn. 6 As 16/2007-57.

vzniklých právních vztahů, přičemž ani zde není upravena výjimka z nepravé retroaktivity. Posouzení, zda zákon č. 137/2010 Sb. nepřiměřeně zasahuje do prána na legitimní očekávání, bude nicméně snazší než u výše uvedených případů, neboť zákon umožnil výrazné snížení výkupních cen, resp. zeleného bonusu, nicméně již před přijetím tohoto zákona bylo možno výši výkupních cen, resp. zeleného bonusu snížit a navíc zákona neodstranil požadavky § 6 odst. 1 zákona č. 180/2005 Sb. na zajištění patnáctileté doby návratnosti investic při uplatnění podpory výkupními cenami, ani neodstranil požadavky na zajištění „přiměřeném výnosu“ za dobu životnosti zařízení, která je u fotovoltaických elektráren orientačně³³ stanovena na 20 let. I při jednorázovém výrazném snížení tak nemusí být legitimní očekávání investora na dosažení přiměřeného výnosu dotčeno.³⁴

7. OCHRANA LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ INVESTORŮ

Definice principu legitimního očekávání není, narozdíl od definice retroaktivity, snadná. Legální definice tohoto principu v platné české právní úpravě neexistuje, vymezit obsah tohoto principu je tak úkolem právní teorie a rozhodovací praxe soudů. Pojem „princip legitimního očekávání“ se v judikatuře Ústavního soudu neobjevuje současně s posuzováním prvních případů pravé, resp. nepravé retroaktivity, ale až později, a to přímým odkazem na rozsudky ESLP, které s tímto pojmem pracují. Historicky nejstarším rozhodnutím Ústavního soudu, v němž je princip ochrany legitimního očekávání zmíněn, je usnesení ze dne 31. 3. 2003, sp. zn. II. ÚS 341/99, kterým byla odmítnuta ústavní stížnost týkající se restituce.³⁵

Do té doby Ústavní soud hovořil o principu právní jistoty a ochrany důvěry občanů v právo s tím, že součástí právní jistoty je zákaz retroaktivity

³³ To vyplývá přímo z přílohy č. 3 vyhlášky č. 475/2005 Sb., která údaj 20 let životnosti fotovoltaické elektrárny uvádí toliko jako „předpokládaný“. To ovšem neznamená, že by garance výkupních cen nebo zelených bonusů byla omezena nanejvýš na dvacet let, může být i delší.

³⁴ Důvodová zpráva hovoří o dostatečném časovém předstihu, v němž se mohou investoři na úpravu podmínek pro investování připravit. Sněmovní tisk č. 968/0, 5. volební období, 2006-2010. Novela zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů [online]. Parlament České republiky. [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=968&CT1=0>>.

³⁵ „V restitčních sporech se nelze dovolávat ochrany práva vlastnit věc, neboť toto právo dosud nebylo konstituováno. Žaloba stěžovatelek u obecných soudů se netýkala ani „existujícího majetku“, ani jiné majetkové hodnoty včetně pohledávek, o nichž by mohly stěžovatelky tvrdit, že jsou alespoň v „legitimním očekávání“, že dojde k jejich realizaci; naproti tomu nelze považovat za „majetek“ pouhou naději, že se obnoví již dávno zaniklé vlastnické právo anebo podmíněná pohledávka, která zanikla v důsledku nesplnění dané podmínky (srov. rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva Gratzinger a Gratzingerová proti České republice ze dne 10. 7. 2002).“

právních norem, resp. zákaz retroaktivního výkladu právních norem.³⁶ Zákaz retroaktivity právních norem však nebyl nikdy chápán jako zcela bezvýjimečný,³⁷ neboť v kontextu k principu ochrany důvěry občanů v právo „...vyplývá, že princip nepřipustnosti retroaktivity nelze vztáhnout na zpětné působení právních norem, jež nepředstavují zásah do právní jistoty, resp. nabytých práv. Příkladem takového zpětného působení je situace, v níž za předpokladu rozdílných trestněprávních úprav v době spáchání skutku a v době rozhodování o něm, se skutek posuzuje dle právní úpravy, jež je pro pachatele výhodnější (čl. 40 odst. 6 věta druhá Listiny základních práv a svobod).“³⁸ Z toho vyplývá, že dokonce ani práva retroaktivita nemusí znamenat zásah do principu ochrany důvěry občanů v právo, pokud to znamená zlepšení jejich právního postavení. Výše popsaná opatření vůči investorům do fotovoltaiických elektráren však ani v jednom případě postavení investorů nezlepšují, ale naopak v rozdílné míře zhoršují. Ústavní soud v souvislosti s oprávněnou důvěrou³⁹ dále uvádí, že o ní „...nelze uvažovat za předpokladu, když právní subjekt s retroaktivní regulací musí, resp. musel počítat.“ Ačkoli ústavním soudem zmiňovaný příklad právní normy, hrubě porušující zásady humanity a morálky, nelze na výše popsaná opatření použít, lze však uvažovat o délce legisvakantní lhůty, jejímž účelem samozřejmě je dát adresátům právní normy dostatek času na osvojení si nové právní úpravy předtím, než nabude účinnosti.⁴⁰

Problémem nejasného obsahu principu legitimního očekávání se zabýval už Tomáš Langášek ve svém článku „Ochrana legitimního očekávání v judikatuře Ústavního soudu“. Ve svém článku upozornil na nejednotnost výkladu tohoto pojmu, resp. odlišné chápání tohoto pojmu Ústavním soudem v souvislosti s právním odvětvím (tedy že jiný obsah má princip legitimního očekávání ve správním právu, kde je jím zdůvodňován např. požadavek ustálené rozhodovací praxe orgánů veřejné moci; jiný obsah má

³⁶ Nález Ústavního soudu ze dne 8. 6. 1995, sp. zn. IV. ÚS 215/94, str. 4, nález Ústavního soudu ze dne 4. 2. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 21/96, str. 5. Zákaz retroaktivity a zásadu ochrany nabytých práv jako specifické projevy zásady právní jistoty chápou též autoři učebnic občanského práva, např. Fiala, J. a kol. Občanské právo hmotné, 3. opravené a doplněné vydání, Brno: Doplněk, 2002, str. 20. ISBN 8072391119.

³⁷ „České soukromé právo...nezaujímá paušální negativní postoj vůči možné retroaktivitě nových právních předpisů. To ovšem neznamená, že by zásada „zákon nepůsobí zpětně“ neměla v našem soukromém právu své místo. Otázkou je pouze četnost a povaha výjimek z ní.“ Hurdík, J. et al. Úvod do soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 2006, str. 97. ISBN 8021041129.

³⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 4. 2. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 21/96, str. 6.

³⁹ Ústavní soud sice navazuje na pojetí legislativní zásady „ochrany oprávněné důvěry ve stálost právního řádu“ prvoprepublikového právního teoretika A. Procházky, avšak tuto zásadu lze ztotožnit s novějším pojetím ochrany oprávněné důvěry. Viz nález Ústavního soudu ze dne 4. 2. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 21/96, str. 7.

⁴⁰ Např. Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A. Teorie práva. 1. vydání. Praha: Eurolex Bohemia, s. r. o., 2001, str. 85. ISBN 808639574X

v právu soukromém, kde se jím rozumí např. ochrana očekávaného nabytí majetku) a v souvislosti s původním významem principu ochrany legitimního očekávání, neboť český Ústavní soud vykládá tento pojem širěji, než ESLP při výkladu článku 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod. Tímto článkem je chráněno nejen vlastnictví jako věcné právo (právní panství nad věcí), ale též jiné majetkové hodnoty obligační povahy, typicky pohledávky (vše, co tvoří majetek, nejruznější aktiva), jejichž realizaci může majitel (nositel oprávnění) „legitimně očekávat“.⁴¹ Ústavní soud však chrání „jakékoli“ očekávání (tj. nejen v souvislosti s majetkem) které se z nejruznějších důvodů jeví jako legitimní, čímž ovšem rozšiřuje výklad principu ochrany legitimního očekávání tak, že jej obsahově ztotožňuje se zásadou právní jistoty, resp. s některými jejími projevy. Konečně v judikatuře Ústavního soudu⁴² lze pod pojem legitimního očekávání podřadit též zásadu předvídatelnosti právní úpravy, tedy jednoho z principů správné tvorby (ale též správné aplikace) práva.

8. DEFINICE PRINCIPU LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ

Protože tedy v české právní úpravě neexistuje jednoznačná definice principu legitimního očekávání,⁴³ pro účely tohoto příspěvku budu považovat princip ochrany legitimního očekávání jako princip, obsahující v sobě jednak zákaz retroaktivity zákona, jednak zásada ochrany nabytých práv, jednak princip předvídatelnosti právní úpravy. Tyto tři dílčí zásady, které spolu velmi úzce souvisí, vytváří u adresátů očekávání, samotné očekávání však musí být navíc legitimní (legitimita musí být posuzována ad hoc soudy v rámci testu proporcionality). Dále lze říci, že princip legitimního očekávání poskytuje pouze ochranu majetku (tu ovšem v nejširším slova smyslu, tj. včetně očekávaného nabytí majetku). Jiná práva však princip ochrany legitimního očekávání nechrání. Pokud není princip legitimního očekávání v tomto pojetí dodržen, dojde vždy k zásahu do majetkových práv. Ochrana je dále poskytována pouze v rámci vertikálních, nikoli horizontálních právních vztahů, což výslovně potvrdil Ústavní soud v nálezu ze dne 14. 7. 2004, sp. zn. I. ÚS 185/04: „*Legitimní očekávání tedy nepůsobí bezprostředně mezi*

⁴¹ „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.“ Langášek, T. Ochrana legitimního očekávání v judikatuře Ústavního soudu [online]. Právnická fakulta Masarykovy univerzity. [cit. 2011-04-11]. Dostupné z: <www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/ustavko/langasek.pdf>.

⁴² Např. Nález Ústavního soudu ze dne 22. 11. 2004, sp. zn. I. ÚS 287/04.

⁴³ Ke stejnému závěru ohledně výkladu principu ochrany legitimního očekávání dospěli též Hurdík, J., Lavický, P. Systém zásad soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 2010, str. 161. ISBN 9788021050631.

*stěžovatelem a vedlejší účastníci (tedy mezi subjekty soukromého práva), nýbrž je to ústavně garantované základní právo, které působí ve vztahu stěžovatele vůči státní moci, tj. soudu, jež zavazuje povinnost poskytovat ochranu takovému legitimnímu očekávání, a to cestou interpretace a aplikace příslušných norem jednoduchého práva.*⁴⁴

Zde si dovolím krátký exkurz ohledně vertikálních a horizontálních právních vztahů. V nálezu Ústavního soudu ze dne 17. 5. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 36/93 byla posuzována ústavnost zákona č. 216/1993 Sb., který zasáhl do principu legitimního očekávání tím, že změnil učitelům a vědeckým pracovníkům vysokých škol, kteří měli před datem účinnosti tohoto zákona (20. 9. 1993) uzavřen pracovní poměr na dobu neurčitou, pracovní smlouvy na dobu určitou do 30. 9. 1994. Ačkoli Ústavní soud návrh na zrušení tohoto zákona zamítl a ochranou nabytých práv se v něm nezabýval, z pohledu principu legitimního očekávání zde nepochybně došlo k jeho porušení. Principu ochrany legitimního očekávání by se však před soudem nemohli domáhat např. zaměstnanci vůči svým zaměstnavatelům (neboť oběma stranám zde svědčilo legitimní očekávání, že jejich smluvní vztah nebude nezávisle na jejich vůli změněn), ale vůči státu. Z disentu tehdejšího ústavního soudce JUDr. Pavla Varvařovského plyne, že si tohoto zásahu do ochrany nabytých práv, resp. do smluvní svobody smluvních stran, byl plně vědom. Podobným příkladem je pak nedávná kauza Mangold v. Helm,⁴⁵ ve které šlo o změnu německé právní úpravy, která umožnila zaměstnavatelům nově bez dalších omezení opakovaně uzavírat pracovní smlouvy na dobu určitou se zaměstnanci, kteří dosáhli alespoň 52 let věku. Zaměstnavatelé pak na základě této právní úpravy uzavřeli pracovní smlouvy se svými zaměstnanci a lze mít za to, že zde vznikla legitimní očekávání, že tyto smlouvy budou dodrženy. Evropský soudní dvůr však změnu německé právní úpravy označil za diskriminační, neboť odporovala směrnici 2000/78/ES, a následně konstatoval, že se nová právní úprava nepoužije. Tím se doslova „přes noc“ staly dosavadní smlouvy na dobu určitou smlouvami na dobu neurčitou, jinými slovy, došlo k zásahu do principu legitimního očekávání (byť ze strany ESD, nikoli státu), ačkoli ani zde se soud ochranou nabytých práv nezabýval.

⁴⁴ Ke stejnému závěru dospěli i Hurdík, J., Lavický, P. Systém zásad soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 2010, str. 165. ISBN 9788021050631.

⁴⁵ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 22. 11. 2005, Mangold, C-144/04.

Výše uvedená „pracovní“ definice principu ochrany legitimního očekávání⁴⁶ je tedy užší, než zásada právní jistoty (která v sobě obsahuje také zásadu ochrany práv třetích osob, zásadu ochrany dobré víry, zákaz zneužití práva a další), zároveň však neredukuje problematiku principu legitimního očekávání pouze na zásadu předvídatelnosti práva. Jednotlivé zásady, obsažené v principu legitimního očekávání, jsou notoricky známé (byť ani v tomto případě nelze hovořit o jednoznačně přijatých definicích⁴⁷), proto se omezím na stručný výklad jejich významu v principu legitimního očekávání.

9. ZÁSADA ZÁKAZU RETROAKTIVITY A OCHRANA NABYTÝCH PRÁV

Zásada zákazu retroaktivity zákona byla popsána výše, přičemž bylo konstatováno, že je lhostejné, o jaký typ retroaktivity půjde, v obou případech totiž budou dotčena (legitimní) očekávání adresáta právní normy. To, zda očekávání byla legitimní či nikoli bude v tomto případě posuzováno z hlediska přípustnosti retroaktivity. Zbývá však vysvětlit vztah mezi zásadou zákazu retroaktivity a zásadou ochrany nabytých práv. Tyto dvě zásady samozřejmě nejsou totožné,⁴⁸ nicméně spolu velmi úzce souvisí.⁴⁹ Dokonce by bylo možné obě zásady zahrnout pod nový právní princip ochrany minulých právních skutečností.⁵⁰ Zásada ochrany nabytých práv vyžaduje po zákonodárci přijetí intertemporálního ustanovení tak, aby právní vztahy vzniklé před nabytím účinnosti nové právní úpravy byly i

⁴⁶ Poněkud odlišně je princip ochrany legitimního očekávání chápán v mezinárodním právu soukromém v souvislosti s ochranou investic. Zde je legitimní očekávání zahraničního investora chráněno jako součást velmi široké zásady spravedlivého a rovného zacházení (fair and equitable treatment). Lze však konstatovat, že moje „pracovní“ definice víceméně odpovídá legitimnímu očekávání, jak je chápáno v mezinárodním právu soukromém. Blíže viz Dolzer, R., Schreuer, C. Principles of international law. New York: Oxford university press, 2008, str. 134 an. ISBN 9780199211760.

⁴⁷ Například Hurdík, J., Lavický, P. Systém zásad soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 2010, str. 155. ISBN 9788021050631.

⁴⁸ Viz Hurdík, J. et al. Úvod do soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 2006, str. 98. ISBN 8021041129.

⁴⁹ Ani zásada zákazu retroaktivity práva, ani zásada ochrany nabytých práv nepůsobí absolutně, musí z nich být přípustné výjimky, jinak by totiž nebylo možné právní řád efektivně měnit.

⁵⁰ „Princip ochrany nabytých práv...uchovává i pro budoucnost jednou založené subjektivní právo, takže garantuje oprávněnému plnou nedotknutelnost dosavadního právního stavu...U retroaktivity právní účinek pro minulost může nastati jen tím způsobem, že minulá skutečnost buď až dosud irelevantní nebo podle starého práva relevantní dostává novou právní kvalifikaci mocí nového zákona...Princip ochrany minulých právních skutečností jest nejširší princip intertemporální a zahrnuje do sebe jak zákaz zpětného působení zákonů, tak zákaz zásahu do práv nabytých.“ PROCHÁZKA, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. 1. vydání. Brno: nakladatelství Barvič a Novotný, 1928, str. 111.

nadále upravovány předchozí právní úpravou. „Nový zákon dříve nabytá práva (pokud požívají ochrany jako *iura quesita*) nemůže zrušit ani suspendovat, nýbrž je musí respektovat, včetně poskytnutí jim ochrany podobně jako právům regulovaným přímo novým předpisem.“⁵¹ Tato zásada se tedy dotýká hlavně nepravé retroaktivity, kterou vylučuje, resp. na zásadu ochrany nabytých práv lze nahlížet jako na výjimku z (nejen) nepravé retroaktivity. Řešení konfliktu těchto dvou zásad, resp. aplikace principu ochrany minulých právních skutečností, je prvním klíčovým prvkem ochrany legitimního očekávání.

Při zohlednění oprávněnosti zásahu do zásady ochrany nabytých práv lze vzít v úvahu celou řadu okolností, v každém případě však bude třeba provést test proporcionality mezi ochranou nabytých práv a veřejným zájmem. Pokud totiž připustíme možnost zásahu do nabytých práv, tedy možnost změny právního řádu, musíme vycházet z toho, že změna právní úpravy není samoúčelná, ale že sleduje určitý cíl, že je právo měněno ve veřejném zájmu. Ani tento veřejný zájem však není možné absolutizovat (jinak by bylo možné odůvodnit veřejným zájmem každý zásah do nabytých práv). Řešením je gradace veřejného zájmu, jak ji formuloval profesor Josef Fiala: „...zpravidla tento (veřejný – pozn. autor) zájem není tak naléhavý, aby mu musela být obětována také existence dosavadních právních účinků starého práva, když navíc zachování těchto účinků samo o sobě je rovněž v zájmu veřejném, neboť posiluje důvěru ve stálost právního řádu. Kde není možno spatřovat oprávněnou důvěru ve stálost právního řádu a kde zájem na radikálním provedení nového práva je příliš naléhavý, musí legislativní princip zachování právních účinků dosavadního práva ustoupit.“⁵²

Test proporcionality v podobě, v jaké jej aplikuje český Ústavní soud již od nálezu ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94, by měl zohlednit:

1. kritérium vhodnosti, tedy zda výše popsané změny právní úpravy, zasahující do nabytých práv, umožňují dosáhnout sledovaných cílů;
2. dále by mělo být zohledněno kritérium potřebnosti, tedy měly by být porovnány změny právní úpravy, zasahující do nabytých práv, s jinými opatřeními umožňujícími dosáhnout stejných cílů, avšak bez zásahu do nabytých práv, resp. s menší intenzitou zásahu do nabytých práv investorů. V rámci vyhodnocování tohoto kritéria by měla být vzata v úvahu možnost přijetí intertemporálního ustanovení;
3. dále je aplikováno kritérium závažnosti, spočívající v porovnání zásady ochrany nabytých práv s veřejným zájmem na základě

⁵¹ Viz Hurdík, J. et al. Úvod do soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 2006, str. 99. ISBN 8021041129.

⁵² Fiala, J. *Iura quaesita* a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu. Právník č. 3/1999, str. 253.

empirických,⁵³ systémových, kontextových⁵⁴ a hodnotových⁵⁵ argumentů;

4. konečně bude muset být zohledněn požadavek čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod⁵⁶ na využití všech možností minimalizace zásahu do nabytých práv, resp. do veřejného zájmu.

Podotýkám, že pro úspěšné absolvování testu proporcionality je nutné splnit všechny podmínky, jakmile byt' jedna podmínka není splněna, je možné test ukončit s tím, že posuzovaná změna právní úpravy neobstála.

Po aplikaci testu proporcionality na výše uvedené příklady změny právní úpravy, zasahující do nabytých práv investorů do fotovoltaických elektráren, lze konstatovat, že v případě zrušení osvobození fotovoltaických elektráren od daně z příjmu bylo splněno kritérium vhodnosti, neboť zrušení daňové výjimky vede k zákonodárcem proklamovanému cíli, tedy ke zjednodušení právní úpravy a jednodušší spravovatelnosti daně a zároveň k eliminaci „již neodůvodněné nepřímé podpory výroby elektřiny z ekologických zdrojů“.⁵⁷ Na druhou stranu však důvodová zpráva k zákonu č. 346/2010 Sb. zmiňuje jako cíl také „...naplnění významného veřejného zájmu (zachování stability cen energií, nezvyšování veřejného dluhu apod.)“.⁵⁸ Není mi jasné, jak může zrušení daňové výjimky vést k zachování stability cen energií, protože zrušení daňové výjimky může vést pouze k nestabilitě, stejně tak mi není jasné, jak souvisí daňová výjimka se zvýšením, nebo naopak se snížením veřejného dluhu. K těmto cílům zrušení daňové výjimky nevede, nicméně řekněme, že i v tomto případě bylo prve uvedených cílů dosaženo. Kritérium potřebnosti však splněno nebude, neboť zjednodušení právní úpravy a jednodušší „spravovatelnosti“ daně mohlo být dosaženo jinak,⁵⁹ dokonce zcela bez zásahu do nabytých práv investorů a

⁵³ Faktická závažnost jevu, jenž je spojen s ochranou určitého základního práva. Zde by měla být zohledněna mimo jiné finanční situace investora (tedy důsledky porušení principu legitimního očekávání) a finanční dopady na veřejné rozpočty.

⁵⁴ Další negativní dopady omezení jednoho základního práva v důsledku upřednostnění jiného.

⁵⁵ Zvažování pozitiv v kolizi stojícího legitimního očekávání a veřejného zájmu vzhledem k akceptované hierarchii hodnot.

⁵⁶ „Při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu.“ Jinými slovy, musí být šetřena podstata základního práva, kterým je právo na legitimní očekávání.

⁵⁷ Sněmovní tisk č. 158/0, 6. volební období, od 2010. Novela zákona o daních z příjmů [online]. Parlament České republiky. Změněno 1. 2. 2011 [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=158&CT1=0>>.

⁵⁸ Sněmovní tisk č. 158/0, 6. volební období, od 2010. Novela zákona o daních z příjmů [online]. Parlament České republiky. Změněno 1. 2. 2011 [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=158&CT1=0>>.

nepřímou podporu výroby elektřiny šlo eliminovat pro futuro, což dokazuje původní návrh změny zákona o daních z příjmu, tedy bez zásahu do nabytých práv. V tomto případě je možné test proporcionality ukončit s tím, že veřejný zájem neodůvodňuje takto razantní zásah do nabytých práv investorů.

U dodatečného zdanění kritérium vhodnosti splněno je, neboť dodatečná daň přenáší náklady, spočívající ve zvýšené ceně elektřiny z koncového spotřebitele zpět na investora, umožňuje tak v následujících třech letech dosáhnout sledovaný cíl nové právní úpravy. Problematické však je, že tato změna právní úpravy neřeší problém zcela, ale pouze v letech 2011 až 2013. Poté dojde ke stejnému skokovému zvýšení cen elektrické energie, jako by došlo již v roce 2011 – pokud ovšem stát nemá tímto dodatečným zdaněním ve skutečnosti v úmyslu zlikvidovat většinu investorů do fotovoltaiických elektráren, pak by toto krátkodobé zdanění dávalo smysl. Stát zde postupuje opačně, než v případě zrušení daňového zvýhodnění – zatímco zrušením daňového zvýhodnění „přiblížil“ následky, které by nastaly později, zavedením dodatečné daně z příjmu. Nicméně i pokud připustím, že se jedná pouze o spekulaci s tím, že kritérium vhodnosti bylo splněno, kritérium potřebnosti dodatečného zdanění nesplňuje zcela určitě, neboť cíle – tedy nezvýšení cen elektřiny a současné ukončení investičního boomu – šlo dosáhnout jinými prostředky bez takto výrazného zásahu do nabytých práv investorů, například zdaněním až v pozdějších letech (zdaněny jsou pouze první tři roky), tedy v době, kdy se investorům alespoň zčásti, ne-li úplně vrátí vynaložené náklady, nebo šlo téhož výsledku dosáhnout např. nižší mírou zdanění rozloženou do více let nebo snížením daně na elektrickou energii tak, aby toto snížení pokrylo zvýšení ceny pro koncové spotřebitele v důsledku vysokých výkupních cen apod. V tomto případě je možné test proporcionality ukončit s tím, že veřejný zájem neodůvodňuje takto razantní zásah do nabytých práv investorů.

U posledního opatření, tedy nově zavedené možnost Energetického regulačního úřadu snížit podporu více než o 5% ročně, nebude nutné test proporcionality vůbec provést, neboť investoři nemohli počítat s absolutní neměnností právní úpravy, měli dostatek času připravit se od účinnosti nové právní úpravy na její dopad, změnu právní úpravy nadto nelze označit za pravou retroaktivitu a i po této změně bude investorům garantována návratnost investice. Z tohoto důvodu nebyla splněna podmínka nepředvídatelnosti změny právní úpravy, ani nebyla splněna podmínka zásahu do nabytých práv, pouze došlo k tomu, že investoři s novou výkupní cenou již nedosáhnout tak rychlé doby faktické návratnosti investic. Přiznat investorům i v tomto případě ochranu nabytých práv by totiž znamenalo

⁵⁹ Pokud bychom zákonodárcem zavedená opatření posuzovali v jejich totalitě, pak došlo sice k plošnému zrušení daňové výjimky (zjednodušení), ovšem současně došlo k zavedení dodatečné selektivní daně (nárůst složitosti). Protože se stále jedná o právní úpravu daně z příjmu, nemohl by argument nutnosti zjednodušit právní úpravu obstát.

považovat stát za subjekt odpovědný nejen za tvorbu právních předpisů, ale také za výrazné snížení výrobních cen fotovoltaických panelů.

10. PRINCIP PŘEDVÍDATELNOSTI PRÁVNÍ ÚPRAVY

Princip předvídatelnosti právní úpravy se týká v případě investorů do fotovoltaických elektráren především normotvorby, nikoli aplikace práva. Konkrétně jde o stabilitu práva⁶⁰, která brání účelovým a věcně neodůvodněným změnám právních předpisů. Předvídatelnost úzce souvisí se zákazem retroaktivity zákona, neboť „...v okamžiku, kdy někdo jedná nebo je nečinný, musí mít možnost vědět, jaké právní následky (pokud vůbec) jsou s jeho jednáním či nečinností spojeny.“⁶¹ Zásada předvídatelnosti práva nevylučuje změny právní úpravy, změny však musí být předvídatelné. Pokud investor znalý práva je schopen předvídat přijetí nové právní úpravy, která se může dotknout jeho práv, pak se nemůže dovolávat principu ochrany legitimního očekávání.⁶² Otázka, zda je v daném případě splněn požadavek předvídatelnosti změny právní úpravy, bude záležet na konkrétní situaci. Jednou ze skutečností, které bude třeba brát v úvahu, je již výše zmiňovaná délka legisvakanční lhůty, která musí adresátům poskytovat dostatek času k adekvátní reakci na změnu právních poměrů. Čím kratší tato lhůta bude a současně čím výraznější zásahy do nabytých práv adresátů budou, tím větší je šance, že dojde k porušení principu ochrany legitimního očekávání.⁶³ Dále nelze zdůvodnit náhlý zásah do legitimního očekávání adresátů právní normy (a tedy velmi krátkou legisvakanční lhůtu) naléhavostí situace v případě, kdy zákonodárce mohl (a měl) právní úpravu, vyvolávající nepříznivé účinky, změnit dříve, avšak z nějakých důvodů tak neučinil, přestože se ve společnosti začaly projevovat nedostatky dosavadní právní úpravy.⁶⁴ Předvídatelnost práva je druhým klíčovým prvkem ochrany legitimního očekávání.

Pro princip ochrany legitimního očekávání platí, že může být porušen pouze v případě, kdy nebude současně dodržen jak výše uvedený princip ochrany

⁶⁰ Knapp, V. Teorie práva. Praha: C. H. Beck, 1995, str. 206, ISBN 8071790281.

⁶¹ Hurdík, J., Lavický, P. Systém zásad soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 2010, str. 166. ISBN 9788021050631.

⁶² Tento dílčí závěr vychází z judikatury Evropského soudního dvora, týkající se legitimního očekávání (např. věc C-519/07 P).

⁶³ Dokonalým příkladem je nález Ústavního soudu ze dne 9. 3. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 2/02, ve kterém došlo ke změně zákona o pouhý jeden den před nabytím vlastnického práva adresátů. Ústavní soud uvedl, že: „...ustanovení zákona č. 229/2001 Sb., která jsou navržena ke zrušení, neodpovídají shora uvedeným kritériím zákonnosti, zejména principu předvídatelnosti. Zásah zákonodárce vykazuje silné znaky svévole. Takový postup narušuje důvěru v právo, která je jedním ze základních atributů právního státu. Postup zákonodárce neodpovídal základním principům právního státu, mezi které patří zásada předvídatelnosti zákona, jeho srozumitelnosti a zásada jeho vnitřní bezrozpornosti.“

⁶⁴ Viz nález Ústavního soudu ze dne 12. 3. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 33/01, str. 8.

minulých právních skutečností, tak princip předvídatelnosti. Ve všech ostatních případech totiž není možné hovořit o porušení principu legitimního očekávání – buď je právní úprava předvídatelná, pak nevzniká očekávání, nebo je změna právní úpravy sice nepředvídatelná, ale nezasahuje do ochrany nabytých práv (typickým příkladem je přijetí nové právní úpravy současně s intertemporálním ustanovením).

11. ZÁVĚR

Ve všech třech případech, kdy stát změnil právní úpravu podpory výstavby a provozu obnovitelných zdrojů, se jedná o nepravou retroaktivitu, prima facie zasahující do tzv. nabytých práv, respektive do legitimních očekávání investorů.⁶⁵ Tato legitimní očekávání byla nepřipustným způsobem porušena v případě zrušení osvobození fotovoltaických elektráren od daně z příjmu a dále byla porušena v souvislosti s přijetím dodatečné 26% srážkové daně. Naproti tomu samotné zrušení limitu pro snížení výkupních cen elektřiny z obnovitelných zdrojů o více než 5% ročně do principu legitimního očekávání nepřipustným způsobem nezasáhlo. Lze tedy uzavřít, že Česká republika bude mít velmi obtížnou pozici v případě mezinárodních arbitráží na ochranu investic, resp. v případě rozhodování již podané ústavní stížnosti na protiústavnost těchto opatření, která ve svém důsledku znamenají zmaření investice. Naopak investoři do fotovoltaických elektráren (zejména zahraniční) mají v případě prokazování porušení principu legitimního očekávání daleko silnější postavení a šance na vítězství v případných sporech se státem.

Literature:

- Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A. Teorie práva. 1. vydání. Praha: Eurolex Bohemia, s. r. o., 2001, 323 s. ISBN 808639574X.
- Doležalová, H. Podpora využívání energie z obnovitelných zdrojů: Fotovoltaika. COFOLA 2010: the Conference Proceedings, 1. ed. Brno: Masaryk University, 2010, ISBN 978-80-210-5151-5.
- Dolzer, R., Schreuer, C. Principles of international law. New York: Oxford university press, 2008, 433 s., ISBN 9780199211760.
- Fiala, J. a kol. Občanské právo hmotné, 3. opravené a doplněné vydání, Brno: Doplněk, 2002, 433 s. ISBN 8072391119.

⁶⁵ V případě dodatečného zdanění dospěla ke stejnému závěru také analýza JUDr. Ing. Petra Petržílka, Ph.D. ze dne 5. 11. 2010, zpracovaná pro ČSSD [online]. Czephoc.cz. [cit. 2011-04-11]. Dostupná z: <<http://czephoc.cz/files/prilohy/pravni-analyza-cssd.doc>>.

- Fiala, J. Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu. Právník č. 3/1999, str. 253.
- Hospodářské noviny iHNed [online]. [cit. 27. dubna 2011]. Dostupné z: <<http://ekonomika.ihned.cz/c1-49160660-jen-48-hodin-delilo-cez-od-ztraty-miliard-solarni-elektrarny-ale-nakonec-zapojil-vcas>>.
- Hurdík, J. et al. Úvod do soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 2006, 158 s., ISBN 8021041129.
- Hurdík, J., Lavický, P. Systém zásad soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 2010, 197 s., ISBN 9788021050631.
- Knapp, V. Teorie práva. Praha: C. H. Beck, 1995, 247 s. ISBN 8071790281.
- Knapp, V. Teorie práva. Praha: C. H. Beck, 1995, 247 s., ISBN 8071790281.
- Langášek, T. Ochrana legitimního očekávání v judikatuře Ústavního soudu [online]. Právnická fakulta Masarykovy univerzity. [cit. 2011-04-11]. Dostupné z: <www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/ustavko/langasek.pdf>.
- Novela zákona o daních z příjmů [online]. Parlament České republiky. Změněno 1. 2. 2011 [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=158&CT1=0>>.
- Parlament České republiky. Důvodová zpráva k zákonu č. 180/2005 Sb., [online]. [cit. 28. dubna 2011]. Dostupná z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=158&CT1=0>>.
- Petržílek, P. Analýza ze dne 5. 11. 2010, zpracovaná pro ČSSD [online]. Czepho.cz. [cit. 2011-04-11]. Dostupná z: <<http://czepho.cz/files/prilohy/pravni-analyza-cssd.doc>>.
- Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. Brno: Nakladatelství Barvič a Novotný, 1928, 201 s.
- Projednávané plenární věci [online]. Ústavní soud České republiky. [cit. 2011-04-10]. Dostupné z: <<http://www.concourt.cz/clanek/388>>.

- Senátoři podpořili návrh na přezkoumání daně Ústavním soudem [online]. SolarniNovinky.cz [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <<http://www.nhpartners.cz/publikace/senatori-podporili-navrh-na-prezkoumani-solarni-dane-ustavnim-soudem.pdf>>.
- Sněmovní tisk č. 145/0, 6. volební období, od 2010. Novela zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů. [online]. Parlament České republiky. Změněno 1. 2. 2011 [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=145&CT1=0>>.
- Sněmovní tisk č. 529/0, 4. volební období, 2002-2006. Vládní návrh zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů [online]. Parlament České republiky. Změněno 1. 2. 2011 [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=4&CT=529&CT1=0>>.
- Sněmovní tisk č. 968/0, 5. volební období, 2006-2010. Novela zákona o podpoře využívání obnovitelných zdrojů [online]. Parlament České republiky. [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=968&CT1=0>>.
- Steiner, V. K problematice nepřípustnosti retroaktivity právních norem. Právník, 1994, č. 1, s. 1-6.
- Vondráčková, P. Rizika nekoncepční právní úpravy v oblasti solární energie [online]. Eprávo.cz. [cit. 2011-04-28]. Dostupné z: <<http://www.epravo.cz/top/clanky/rizika-nekoncepni-pravni-upravy-v-oblasti-solarni-energie-70874.html>>.
- Zajíček, M. Účet za 700 miliard. Pro Energy, č. 3, 2010, s. 62-68. ISSN 1802-4599. [online]. [cit. 28. dubna 2011]. Dostupný z: <<http://pro-energy.cz/clanky15/4.pdf>>.
- Zápis z 2. schůze Podvýboru pro energetiku Senátu Parlamentu České republiky ze dne 19. 1. 2011 [online]. Senát České republiky. [cit. 2011-02-01]. Dostupné z: <http://www.senat.cz/xqw/webdav/psssenat/webFile/58830/49862/02-19.01.2011-Zapis_z_2._schuze.doc>.

Contact – email
182437@mail.muni.cz

RETROACTIVITY AND ANNUAL RECONCILIATION OF HEALTH INSURANCE CONTRIBUTIONS IN SLOVAKIA

DUŠAN ČURILA

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Môj príspevok je zameraný na právny inštitút, ktorý je v moderných právnych systémoch značne raritný. Napriek tomu pred časom prijal slovenský parlament právnu normu, ktorú hodnotím ako retroaktívnu. Táto norma bola publikovaná v roku 2009 bez akejkoľvek odbornej diskusie a je spojená s verejným zdravotným právom, špeciálne s ročným zúčtovaním zdravotného poistenia. Ročné zúčtovanie ňou bolo zrušené a spôsobilo to viacero vážnych právnych problémov. Táto právna oblasť je veľmi citlivá, pretože ju je nevyhnutné naďalej reformovať.

Key words in original language

Retroaktivita, zdravotné právo, ročné zúčtovanie, zdravotné poistenie

Abstract

My contribution is focused on a legal instrument, which is very rare in many modern legal systems. Nevertheless, a short time ago Slovak Parliament codified a norm, which I consider to be retroactive. This norm was published in 2009 without any discussion and it is connected with a public health law, especially with annual reconciliation of health insurance contributions. The annual reconciliation was revoked and it caused many serious legal problems. This branch of law is very sensitive, because it is very important to take steps toward reforms.

Key words

retroactivity, health law, annual reconciliation, health insurance contribution

ÚVOD

Súčasnú slovenskú právo, ktoré by sme veľmi radi chceli označiť ako moderné právo vyspelého právneho štátu, sa občas potýka s problémami, ktoré sa k vyššie spomenutému atribútu akosi nehodia. Slovenská republika však v boji s napĺňaním atribútov právneho štátu nie je sama, keďže sa jedná skôr o problém všetkých krajín bývalého východného bloku, o čom svedčia skúsenosti viacerých stredoeurópskych krajín.

V mojom príspevku by som rád rozobral prípad prijatia retroaktívnej normy Národnou radou Slovenskej republiky, pričom podľa môjho názoru sa

nejednalo o priamy úmysel slovenského zákonodarca prijať retroaktívnu normu, ale skôr o nedomyslené (a veľmi závažné) konanie zákonodarcu s vedľajším efektom, prijatím retroaktívneho ustanovenia. To však neznižuje jeho zodpovednosť za tvorbu práva.

RETROAKTIVITA AKO PRÁVNÝ PROBLÉM

Elementárnou podmienkou existencie právneho štátu je kvalitná legislatíva. To však nie je len striktné dodržiavanie formálnych legislatívno-technických pravidiel tvorby práva, keďže tento proces po určitom čase nadobudne de facto bezproblémový charakter a akúsi rutinu. Skutočný problém je však v obsahovej stránke prijímaných právnych predpisov. Okrem častej nekonzistencie, ba miestami aj rozpornosti istých právnych noriem s ďalšími právnymi normami, nie je vôbec zriedkavá ani ich protiústavnosť. Do kategórie protiústavných noriem by sme mali podľa môjho názoru zaradiť aj retroaktívne normy. Tak ako aj zákaz rozpornosti v zákonoch, ako aj zákaz ich retroaktívnosti chápe Lon L. Fuller ako dve z ôsmich požiadaviek vnútornej morálky práva. Fuller dodáva: "*Retroaktívni zákon sám o sobě, odhlédneme-li od jeho možné funkce v systému zákonů, jež jsou převážně prospektivní, tedy orientovány do budoucna, je skutečně hrůznost.*"¹

Drvivá väčšina právnych noriem skutočne pôsobí perspektívne, zatiaľ čo len malá časť právnych predpisov sa priamo a s veľkou intenzitou dotkne vzťahov minulých. Samotné toto dotknutie však nemôže byť chápané vždy apriórne ako negatívne.

Ako uvádza právna teória, nie všetky normy, ktoré nepôsobia perspektívne, musia byť *stricto sensu contra legem*. Jedná sa predovšetkým o prípad tzv. nepravej retroaktivity, ktorá však nie je typickou retroaktivitou v pravom význame slova, ale rieši v podstate len časový stret dvoch právnych noriem. Vznik a platnosť právnych vzťahov, právnych skutočností a právneho chovania sa pri nepravej retroaktivite hodnotia podľa skôr platných právnych noriem, obsah právnych vzťahov sa však posudzuje podľa normy účinnej vtedy, kedy sa o týchto právnych vzťahoch rozhoduje.²

Najväčšie problémy tak spôsobuje výskyt tých právnych noriem, ktoré pôsobia ešte predtým, než sami nadobudli účinnosť. Správajú sa teda tak, akoby boli prijaté v minulosti a priamo zasahujú do práv a povinností subjektov.³ V tomto popísanom prípade sa bude jednať o tzv. pravú retroaktivitu, ktorá by mala byť v právnom štáte javom neprípustným.

1 FULLER, Lon L.; PŘIBÁŇ, Jiří. *Morálka práva*. Vyd. 1. Praha : Oikoymenth, 1998, s. 54.

2 KUBŮ, L., HUNGR, P., OSINA, P. *Teorie práva*. Praha : Linde, 2007, s. 83.

3 HARVÁNEK, J. *Teorie práva*. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, s. 214.

RETROAKTIVITA A JEJ ÚSTAVNÉ RIEŠENIE V SR

V Ústave Slovenskej republiky (SR), konkrétne v jej čl. 50 odsek 6, ktorý bol prevzatý ešte z federálnej československej Listiny základných práv a slobôd, je stanovený výslovne len zákaz pravej retroaktivity v oblasti trestného práva hmotného: *"Trestnosť činu sa posudzuje a trest sa ukladá podľa zákona účinného v čase, keď bol čin spáchaný. Neskorší zákon sa použije, ak je to pre páchatel'a priaznivejšie."* Z textu aj všeobecnej teórie vyplýva, že pravá retroaktivita je teda povolená v prípade, že sa bude jednať o "zásah" v prospech subjektu. Situácia in favorem sa teda nepovažuje za nepripustnú. Na druhej strane však musíme uznať, že v prípade súkromnoprávneho vzťahu, bude posúdenie "prípadu in favorem" omnoho zložitejšie a to vzhľadom na ekvivalenciu práv a povinností, ktoré v prípade verejnoprávneho vzťahu de facto absentujú.

Citovaný čl. 50 odsek 6 by mal byť podľa mňa univerzálnym vodítkom hodnotenia pravej retroaktivity v slovenskom právnom poriadku, keďže je hlavnou (a v podstate jedinou priamou) oporou v texte Ústavy SR. Podobne aj české odborné kruhy chápu citované ustanovenie ako také, ktoré by malo byť vykladané: *"též jako zákaz zpětné působnosti v objektivním právu, nebo naopak argumentem z opaku z něj lze dovodit přípustnost retroaktivity v ostatních právních odvětvích."*⁴ Prvorepubliková právna náuka označovala takýto typ ustanovenia, ktorým zákonodarca zakazuje spätnú účinnosť zákonov, ako tzv. zachovávaciu klauzulu (die Gewährungsklausel).

Čo sa týka nepriamej odvoditeľnosti zákazu retroaktivity z ústavného textu, ponúkajú sa viaceré články. Najvýznamnejším je podľa mňa článok 1 Ústavy SR definujúci Slovenskú republiku okrem iného ako právny štát, keďže atribútom právneho štátu je aj prijímanie právnych noriem zaväzujúcich subjekty pro futuro. Ďalším argumentačným okruhom v prospech zákazu retroaktívnych právnych noriem pre celý právny poriadok je platnosť princípov legitímneho očakávania a nepochybne aj princípu právnej istoty.

Z nedávno publikovaného nálezu Ústavného súdu SR (ďalej tiež ÚS SR) plynie, že : *"zákaz retroaktivity právnych noriem, ktorý je významnou zárukou ochrany práv fyzických osôb a právnických osôb a ich právnej istoty, patrí k definičným znakom právneho štátu (napr. PL. ÚS 16/95). Ústavný súd v tejto súvislosti pripomína, že každý zákon by mal spĺňať požiadavky, ktoré sú vo všeobecnosti kladené na akúkoľvek zákonnú úpravu v právnom štáte a ktoré možno odvodiť z čl. 1 ods. 1 ústavy. S uplatňovaním princípu právnej istoty v právnom štáte sa spája požiadavka všeobecnosti, platnosti, trvácnosti, stability, racionálnosti a spravodlivého obsahu*

⁴ HARVÁNEK, J. *Teorie práva*. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, s. 215. citované podľa STEINER, V. K problematice nepřipustnosti retroaktivity právních norem. *Právník*, 1994, s. 1.

*právných noriem (PL. ÚS 15/98), pričom medzi ústavné princípy vlastné právnemu štátu patrí aj zákaz svojvôle v činnosti štátnych orgánov, ako aj zásada primeranosti [proporcionality (PL. ÚS 52/99)].*⁵

V jednom zo svojich skorších náleзов formuloval ÚS SR dokonca vlastnú definíciu retroaktivity, a to ako pravej tak aj nepravej. Pravá retroaktivita je chápaná ako: "*stav, v ktorom nová právna úprava neuznáva oprávnenia a povinnosti založené právnymi vzťahmi vyplývajúcimi z lex priori (napr. PL. ÚS 37/99), resp. ako stav, keď zákon dodatočne a pozmeňujúco zasahuje do už právne uzavretých minulých skutkových a právnych vzťahov (práv a povinností).*"⁶

Charakteristika nepravej retroaktivity by sa podľa konštantnej judikatúry ÚS SR dala zhrnúť do troch nasledovných bodov, resp. troch situácií:

- a) prípad, keď nový právny predpis nevytvára žiadne právne účinky, ktoré by smerovali pred deň nadobudnutia účinnosti
- b) prípad, keď právny predpis kvalifikuje len tie právne úkony, ku ktorým došlo ešte pred jeho účinnosťou, v dôsledku čoho môže dôjsť k zmene alebo zrušeniu tých právnych účinkov, ktoré boli predtým späté s ich uzavretím⁷
- c) prípad, keď predpis uzná skutkové podstaty alebo právne skutočnosti, ktoré vznikli počas účinnosti skoršieho predpisu, zároveň však prináša určité zmeny s nimi súvisiacich právnych následkov, pokiaľ tieto právne následky v čase nadobudnutia účinnosti tohto nového zákona ešte nenastali.⁸

SYSTÉM VEREJNÉHO ZDRAVOTNÉHO POISTENIA

V Slovenskej republike je oblasť zdravotného poistenia, ako aj každého verejného prerozdelenia zdrojov už roky centrom veľkej pozornosti a intenzívnej diskusie zo strany prevažne odbornej verejnosti. Na druhej strane však musíme bohužiaľ priznať aj to, že problematika zdravotných poisťovní sa súčasne stala nevďačnou témou politického boja medzi slovenskou politickou pravcou a ľavicou. Bohužiaľ sa akýmisi rukojemníkmi stali najmä klienti zdravotných poisťovní, teda obyčajní poistenci, bežní občania SR. Slovenská politická pravica vychádza z modelu tzv. Zajacových reforiem z čias druhej vlády Mikuláša Dzurindu, ktoré mali za cieľ zaviesť do oblasti verejného zdravotného poistenia princípy slobodného trhu. Medzi poisťovňami sa malo vytvoriť zdravé konkurenčné

5 Nález ÚS SR zo dňa 26.1.2011, sp.zn. PL. ÚS 3/09-378

6 Nález ÚS SR zo dňa 10.1.2002, sp. zn. PL. ÚS 28/00

7 Nález ÚS SR zo dňa 10.1.2002, sp. zn. PL. ÚS 28/00 a nález ÚS SR zo dňa 23.6.1999, sp. zn. PL. ÚS 38/99

8 Nález ÚS SR zo dňa 24.4.2001, sp. zn. PL. ÚS 3/00

prostredie, ktorého zmyslom bol "boj" o zákazníka, teda poistenca. Bolo prirodzené, že hlavným motívom tejto podnikateľskej činnosti poisťovní sa stal zisk, ktorý však slovenská ľavica považovala v oblasti zdravotného poistenia za neprípustný. Politický súboj sa však nesústredil len na problém zisku zdravotných poisťovní, ale vlastne na prítomnosť súkromného kapitálu v systéme verejného zdravotného poistenia ako takého. Aj tento kontext budeme musieť brať pri hodnotení nášho retroaktívneho prípadu v úvahu.

V roku 2008 fungovalo na Slovensku celkovo šesť zdravotných poisťovní.⁹ S výnimkou dvoch štátnych mali tieto akciové spoločnosti súkromných investorov.

Prostriedky získavané do systému zdravotného poistenia od poistencov slúžia súčasne na úhradu záväzkov zdravotných poisťovní napr. voči lekárom, lekárnikom a nemocniciam. Podľa § 19 odsek 1 zákona č. 580/2004 Z.z. o zdravotnom poistení je až na výnimky každý poistenec povinný vykonať ročné zúčtovanie poistného za predchádzajúci kalendárny rok a podať ho v príslušnej zdravotnej poisťovni do konca marca nasledujúceho kalendárneho roka.

Poistné predstavuje čiastku, závislú od výšky celoročného príjmu platiteľa za kalendárny rok, počas ktorého sa poistné uhrádzalo formou tzv. preddavkov na poistnom a to vždy mesačne. Povinnosť vypočítavať a odvádzať preddavky na poistnom plní za zamestnanca jeho zamestnávateľ.

PRÍPAD RETROAKTIVITY V ROČNOM ZÚČTOVANÍ

Celý náš prípad siaha do roku 2008 a týka sa len jednej z vtedy existujúcich poisťovní- Európskej zdravotnej poisťovne, a.s. (ďalej len EZP). Ako najmenšia zdravotná poisťovňa fungovala na trhu v roku 2008 len štyri mesiace. Keďže platil princíp, že poistné bolo platené do jednej poisťovne počas celého roka a poistenec mal následne povinnosť ho v ďalšom roku zúčtovať, nastal v prípade EZP problém so zúčtovaním len týchto štyroch mesiacov.

Z viacerých ponúkaných administratívnych eventualít ako riešiť túto situáciu si Ministerstvo zdravotníctva vybralo tú najjednoduchšiu a rozhodlo sa pre možnosť, aby poistenci EZP vôbec nerobili ročné zúčtovanie zdravotného poistenia.

Norma, ktorou sa zrušila povinnosť ročného zúčtovania zdravotného poistenia bola prijatá ako pozmeňovací návrh poslanca za vládnú stranu

⁹ Všeobecná zdravotná poisťovňa, a.s. ; Spoločná zdravotná poisťovňa, a.s. ; DOVERA zdravotná poisťovňa, a.s. ; UNION zdravotná poisťovňa, a.s. ; APOLLO zdravotná poisťovňa, a.s. ; Európska zdravotná poisťovňa, a.s.

SMER-SD J. Zvonára. Šlo o novelu 192/2009 Z.z. , ktorou sa mení a dopĺňa zákon č. 578/2004 Z. z. o poskytovateľoch zdravotnej starostlivosti, ktorou sa súčasne novelizoval aj zákon č. 580/2004 Z.z. o zdravotnom poistení. Novela znela: "*§ 31d sa dopĺňa odsekom 4, ktorý znie: Ročné zúčtovanie poistného nevykonávajú poistenci zdravotnej poisťovne za rok v ktorom jej zanikla platnosť povolenia z iného dôvodu, ako pre zrušenie povolenia. Preddavky na poistné, ktoré mali byť zaplatené za rozhodujúce obdobie sa pokladajú za poistné podľa tohto zákona.*"¹⁰ Všeobecne stanovené podmienky hypotézy právnej normy sa v danú dobu vzťahovali výlučne len na EZP.

Vzhľadom na to, že sa jednalo len o poslanecký pozmeňovací návrh, nebola k danej zmene vedená žiadna verejná odborná diskusia a prirodzene neboli urobené ani žiadne právne a ekonomické rozbory tejto novely. Všetko sa to obmedzilo iba na pár faktických poznámok opozičných poslancov.

Dôsledky tejto novely boli nasledovné:

a) poisťovňa nemohla získať finančné zdroje na splnenie si záväzkov voči svojim veriteľom (nemocniciam, lekárom, lekárnikom), následne sama vstúpila do likvidácie, poistenci EZP neskôr prešli k 1.1. 2009 do štátnej Spoločnej zdravotnej poisťovne, a.s. a samotná EZP zanikla

b) poistencom EZP nemohli byť vrátené preplatky na preddavkoch

c) poistencom EZP boli odpustené nedoplatky¹¹

Zatiaľ čo v poslednom prípade sub c) sa jednalo o retroaktívny zásah in favorem, teda v podstate prípustný, v prvých dvoch dôsledkoch sub a) a sub b) šlo podľa mojej mienky o pravú retroaktivitu. Veriteľom EZP ako aj jej poistencom totiž novela zasiahla do ich legitímneho očakávania na splnenie ich pohľadávok. Tieto subjekty by totiž bez zákonodarcovej novely mali právo na vrátenie preplatkov a úhradu pohľadávok. V čase, keď vstupovali do právnych vzťahov, legitímne očakávali protiplnenie alebo vrátenie nadbytočnej hodnoty. Týmto ex post zásahom zákonodarcu došlo súčasne k porušeniu princípu právnej istoty.

Podľa môjho názoru tak došlo k naplneniu definície ÚS SR o pravej retroaktivite, keď nová právna úprava neuznala oprávnenia a povinnosti založené právnymi vzťahmi vyplývajúcimi z predošlých zákonov a zasiahla do už právne uzavretých minulých skutkových a právnych vzťahov (práv a povinností).

¹⁰ Zákon č. 192/2009 Z.z. v znení neskorších predpisov

¹¹ SZALAY, Tomáš. Zrušenie ročného zúčtovania pre poistencov EZP. [cit. 2011-04-04]. Dostupné z : <<http://www.hpi.sk/hpi/sk/view/3529/zrusenie-rocneho-zuctovania-pre-poistencov-ezp.html>>

LITERATURE:

- KUBŮ, L., HUNGR, P., OSINA, P. *Teorie práva*. Praha : Linde, 2007. 335 s. ISBN 9788072016372
- HARVÁNEK, J. *Teorie práva*. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008. 501 s. ISBN 9788073801045.
- FULLER, L.L., PŘIBÁŇ, J. *Morálka práva*. Vyd. 1. Praha : Oikoymenh, 1998. 229 s. ISBN 8086005658
- STEINER, V. K problematice nepřipustnosti retroaktivity právních norem. Právník, 1994, s. 1.
- SZALAY, Tomáš. Zrušenie ročného zúčtovania pre poistencov EZP. [cit. 2011-04-04]. Dostupné z : <<http://www.hpi.sk/hpi/sk/view/3529/zrusenie-rocneho-zuctovania-pre-poistencov-ezp.html>>
- Nález ÚS SR zo dňa 26.1.2011, sp.zn. PL. ÚS 3/09-378
- Nález ÚS SR zo dňa 10.1.2002, sp. zn. PL. ÚS 28/00
- Nález ÚS SR zo dňa 10.1.2002, sp. zn. PL. ÚS 28/00
- Nález ÚS SR zo dňa 23.6.1999, sp. zn. PL. ÚS 38/99
- Nález ÚS SR zo dňa 24.4.2001, sp. zn. PL. ÚS 3/00
- Zákon č. 192/2009 Z.z. v znení neskorších predpisov

Contact – email
dusancurila@gmail.com

VIAZANOSŤ SÚDU RETROAKTÍVNOU NORMOU

JANA DURAČINSKÁ

Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave,
Slovenská republika

Abstrakt

Príspevok sa zameriava na rámcový rozbor spätného pôsobenia právnej normy, najmä pokiaľ ide o spätné pôsobenie právnej normy obsiahnutej v základnom právnom predpise súkromného práva, v zákone č. 40/1964 Občiansky zákonník a dopad spätnej pôsobnosti na oblasť súkromnoprávných vzťahov a na subjekty týchto vzťahov. V tejto súvislosti poukazujeme v príspevku na rozpor medzi aplikáciou spätne pôsobiacej právnej normy prijatej ešte Federálnym zhromaždením Československej socialistickej republiky s Ústavou Slovenskej republiky a otvárame otázku, či sú sudy pri svojej rozhodovacej činnosti viazané spätne pôsobiacou právnou normou.

Kľúčové slová

Právna norma, platnosť a účinnosť právnej normy, spätné pôsobenie (retroaktivita), súd

Abstract

This Article focuses on general analysis of the binding effect of the retroactive legal rule, mainly on the retroactive effect of legal rules contained in the basic private law regulatory Act – Act 40/1964 Coll. Civil code and the effect of retroactivity on the area of private-law relationships and on the subjects of these relationships. In this context the Article adverts to the discrepancy between application of retroactive legal rule passed by the Federal assembly of Czechoslovak Socialist Republic in 1964 and the Constitution of Slovak Republic and questions the courts liability to adhere in their decision making to retroactive legal rule.

Key words

Legal rule, validity and effectivity of legal rule, retroactivity, court

Pôsobnosť právnej normy je vymedzená sférou jej pôsobenia, rozsahom jej realizácie a aplikácie.¹ Jedným z druhov pôsobnosti právnej normy je aj pôsobnosť časová. Časová pôsobnosť právnej normy je určená vznikom jej platnosti a účinnosti, zánikom jej platnosti a účinnosti, intertemporalitou, ako aj aretroaktivitou a retroaktivitou právnej normy, t.j. vymedzením času, po ktorý norma v spoločnosti pôsobí.

Zákon (resp. iný normatívny právny akt) sa stane platným tým, že bol náležite podľa zákona vyhlásený (tzv.: formálna publikácia – uverejnenie v úradnej zbierke). Platnosť právnej normy je potrebné odlišovať od

¹ Ottová E.: Teória práva, str. 207

účinnosti právnej normy, ktorá vzniká najskôr so vznikom platnosti právnej normy alebo neskôr.

Účinnosť právnej normy znamená, že z nej pre jej adresátov vznikajú práva a povinnosti, že sa stáva záväznou, možno ju aplikovať na ňou upravené právne vzťahy a v prípade jej nedodržania nastupuje možnosť aplikácie štátneho donútenia.²

Vznik účinnosti právnej normy sa spravuje buď generálnym, alebo špeciálnym ustanovením o účinnosti. Generálne ustanovenie o účinnosti je upravené v § 3 ods. 2 zákona č. 1/ 1993 Z. z. o Zbierke zákonov tak, že „všeobecne záväzné právne predpisy nadobúdajú účinnosť pätnástym dňom po ich vyhlásení v Zbierke zákonov, ak nie je v nich ustanovený neskorší deň nadobudnutia účinnosti.“ Špeciálne ustanovenie o účinnosti sa nachádza v záverečných ustanoveniach normatívneho právneho aktu.

Keďže platnosť je nevyhnutným predpokladom účinnosti, ak zanikne platnosť, zanikne nevyhnutne aj účinnosť. Naopak to, samozrejme neplatí – právna norma, ktorá stratila účinnosť, nemusí stratiť aj platnosť (napr. pozastavenie účinnosti právnej normy na základe rozhodnutia ústavného súdu podľa čl. 125 ods. 3 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len „ústava“) a § 38 zákona č. 38/ 1993 Z. z. o organizácii Ústavného súdu, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov). Účinnosť právnej normy nezaniká samovoľne, predovšetkým nezaniká tým, že právna norma nie je po dlhú dobu používaná, tzn. tým, že in desuetudinem abiit, ani tým, že odpadol spoločenský dôvod, pre ktorý bol právny predpis vydaný (ratione legis cessante), a dokonca už nezaniká tým, že sa vytvorila prax od právnej normy odchylná (legi contraria).³

Právna norma stráca platnosť a účinnosť výlučne len formálne⁴, a to jej zrušením (derogácia/abrogácia) zákonom stanoveným spôsobom, rozhodnutím Ústavného súdu SR podľa čl. 125 ods. 3 ústavy, zánikom štátu, ktorý ho vydal, ak nebol prevzatý (recipovaný) nástupníckym štátom alebo výnimočne, ak je od začiatku platnosti stanovená obmedzená doba platnosti, uplynutím tejto doby (tzv. termínovaná norma).

Derogácia právnej normy sa môže uskutočniť buď prostredníctvom novely tým spôsobom, že neskorší akt mení, zrušuje alebo dopĺňa určité ustanovenia skoršieho aktu, alebo k zrušeniu dochádza pomocou derogačnej klauzuly. Derogačná klauzula sa vždy nachádza v časti normatívneho právneho aktu nazývanej záverečné a prechodné ustanovenia.⁵

V prípade nesúlady, protirečivosti alebo konkurovaniu si právnych noriem bez toho, aby boli takéto normy výslovne derogované, sa odkazuje na tzv. derogačné pravidlá.⁶

Derogačné pravidlá sú vlastne interpretačné pravidlá, pomocou ktorých interpretátor usúdi, že pri riešení konkrétnej veci neprihliadne na určitý skorší normatívny akt, jeho časť alebo ustanovenie kvôli ich nesúlady

² Ottová E., Teória práva, str. 209

³ Knapp V., Teorie práva, str. 114

⁴ Knapp V., Teorie práva, str. 115

⁵ Prusák J., Teória práva, str. 228

⁶ Knapp V., Teorie práva, str. 115 uvádza, že k derogácii môže dôjsť výslovne alebo mlčky. K výslovnej derogácii dochádza prostredníctvom derogačnej klauzuly. Derogácia mlčky nastáva prostredníctvom derogačných pravidiel.

s neskorším aktom.⁷ Uvedeným výkladom je možné vylúčiť uplatnenie príslušného aktu pri riešení konkrétneho prípadu. Medzi derogačné pravidlá patria:

1. *Lex posterior derogat legi priori* (neskoršia norma zrušuje skoršiu normu)
2. *Lex posterior specialis derogat legi priori generali* (neskorší špeciálny zákon zrušuje skorší všeobecný zákon)
3. *Lex superior derogat legi inferiori* (norma vyššej právnej sily zrušuje normu nižšej právnej sily).

Časová pôsobnosť právnej normy môže byť určená aj retroaktivitou/aretroaktivitou. Retroaktivita znamená spätné pôsobenie neskoršej právnej normy do minulosti. V podmienkach právneho a demokratického štátu majú právne normy pôsobiť zásadne do budúcnosti. Princíp právnej istoty je nepochybne neoddeliteľnou súčasťou princípov právneho štátu zaručeného v čl. 1 ods. 1 ústavy.⁸ Súčasťou princípu právnej istoty a ochrany dôvery občanov (subjektov práva) v právny poriadok je aj zákaz retroaktivity, t.j. zákaz spätného pôsobenia právnych predpisov.⁹ Pokiaľ niekto konal, postupoval na základe dôvery v platný a účinný právny predpis (jeho noriem), nemôže byť vo svojej dôvere k nemu sklamaný spätným pôsobením právneho predpisu alebo niektorého jeho ustanovenia.¹⁰ Neskorší právny predpis nemôže ukladať povinnosti, resp. meniť právny status subjektu práva spätným pôsobením právneho predpisu, ktorý v čase jeho konania neexistoval a ktorého právnu úpravu nemohol poznať. Subjekt práva už nemôže ovplyvniť svoje práva (právne postavenie) nadobudnuté v minulosti.

Retroaktivitu rozoznávame pravú a nepravú.

Pri pravej retroaktivite právny predpis stanovuje fikciu, že bol účinný už v dobe, keď ešte neexistoval, keď nebol súčasťou právneho poriadku.¹¹ Neskorší právny predpis teda upravuje vzťahy, ktoré sa stali v minulosti, zakladá v minulosti právne následky. Znamená to, že účinnosť neskoršieho právneho aktu pri pravej retroaktivite sa začína skôr ako jeho platnosť, teda v čase, keď ešte formálne neexistoval.¹²

Pri nepravnej retroaktivite sa práva a povinnosti nadobudnuté podľa skoršieho právneho predpisu uznávajú, pravda, od účinnosti novej úpravy sa tieto vzťahy posudzujú podľa nového právneho režimu, môžu sa teda meniť alebo zavádzať nové práva, môže sa meniť ich obsah. Podstatnou otázkou je tu rešpektovanie a ochrana nadobudnutých práv (*iura quaesita*), ktoré nesmie neskorší právny predpis zrušiť.¹³

⁷ Prusák J., Teória práva, str. 231

⁸ Rozhodnutie Ústavného súdu SR uverejnené v Zbierke nálezov a uznesení Ústavného súdu SR pod číslom 8/2008 (*mutatis mutandis* ÚS 48/97, PL. ÚS 37/99, PL. ÚS 49/03, PL. ÚS 25/00, PL. ÚS 1/04, PL. ÚS 8/04)

⁹ TAMTIEŽ

¹⁰ Rozhodnutie Ústavného súdu SR sp.zn. PL. ÚS 36/95

¹¹ Knapp V., Teorie práva, str. 208

¹² Ottová E., Teória práva, str. 214

¹³ TAMTIEŽ

Prípustnosť pravej retroaktivity je nezmyselná, vnútorne rozporná a ohrozuje právnu istotu a zákonnosť. Prípustnosť tejto zásady by mala byť vylúčená výslovným ústavným predpisom, a to obdobne, ako je tomu v niektorých iných štátoch.¹⁴ Pripustiť možno teoreticky i prakticky tzv. nepravú spätnú pôsobnosť zákona.¹⁵ Avšak ani nepravú retroaktivitu nepovažuje Ústavný súd SR za štandardný vstup do existujúcich právnych vzťahov.¹⁶

Príkladom aplikácie pravej spätnej pôsobnosti sú prechodné ustanovenia zákona č. 131/ 1982 Zb. ktorým sa mení a dopĺňa Občiansky zákonník a upravujú sa niektoré ďalšie majetkové vzťahy a ktorý bol prijatý Federálnym zhromaždením Československej socialistickej republiky. Tento zákon nadobudol platnosť dňa 22.11.1982 a formálne účinnosť dňa 1. apríla 1983. Zákon však obsahoval samostatné ustanovenie § 507a (v súčasnosti § 865 zákona č. 40/1964 Zb. Občianskeho zákonníka – ďalej len „OZ“) o prechodných ustanoveniach k úpravám účinným od 1. apríla 1983. Podľa § 507a OZ ods. 1 zavedeného novelou OZ č. 131/ 1982 Zb., „*pokiaľ nie je uvedené inak, spravujú sa ustanoveniami tohto zákona aj právne vzťahy vzniknuté v čase od 1. apríla 1964 do 1. apríla 1983.*“

Uvedené retroaktívne ustanovenie bolo Federálnym zhromaždením Československej socialistickej republiky prijaté v čase, keď ústavný zákon č. 100/ 1960 Ústava Československej socialistickej republiky nedeclaroval štát ako „demokratický a právny“. Vyhlasovanie zákonov a iných právnych predpisov upravovalo na základe zmocnenia čl. 60 ods. 2 uvedeného ústavného zákona Zákonné opatrenie Predsedníctva Národného zhromaždenia z 10. januára 1962 o vyhlasovaní zákonov a iných právnych predpisov. Uvedené opatrenie obsahovalo v § 7 generálne ustanovenie o účinnosti: „*Pokiaľ v predpisoch vyhlásených v Zbierke zákonov nie je ustanovené inak, nadobúdajú účinnosť pätnástym dňom po vyhlásení*“. Na rozdiel od v súčasnosti platnej a účinnej právnej úpravy generálneho ustanovenia neobsahovalo žiadne obmedzenie v súvislosti s neskorším nástupom účinnosti právnej normy.¹⁷ Odhliadnuc od v tom čase platného a účinného opatrenia, aj keď zákon č. 131/1982 Zb. nadobudol oficiálne formálnu účinnosť dňom 1. apríla 1983, jeho priame spätné účinky vyvolalo ustanovenie § 507a, ktoré bolo prechodným ustanovením k úpravám účinným od 1. apríla 1983.

¹⁴ Steiner, V., K problematice přípustnosti retroaktivity právních norem, str. 1; aj v slovenskom právnom poriadku absentuje výslovný zákaz retroaktivity, zákaz retroaktivity je vyslovene uvedený len pre posudzovanie trestnosti činu v čl. 50 ods. 6 ústavy. Všeobecný zákaz retroaktivity však vyplýva z čl. 1 ústavy, ktorý deklaruje Slovenskú republiku ako zvrchovaný, demokratický a právny štát; porovnaj aj Knapp V., Teorie prava, str. 208

¹⁵ Steiner, V., K problematice přípustnosti retroaktivity právních norem, str. 1

¹⁶ Rozhodnutie Ústavného súdu SR sp. zn. PL. ÚS 28/00, PL. ÚS 25/05

¹⁷ Porovnaj § 3 ods. 2 zákona č. 1/1993 Z. z. o Zbierke zákonov: „všeobecne záväznú právne predpisy nadobúdajú účinnosť pätnástym dňom po ich vyhlásení v Zbierke zákonov, ak nie je v nich ustanovený neskorší deň nadobudnutia účinnosti.“

Dôsledky pôsobenia uvedeného pravého retroaktívneho ustanovenia možno demonštrovať na nasledujúcom prípade. V súdnom konaní na okresnom súde sa Slovenská republika ako navrhovateľ zastúpená Slovenským pozemkovým fondom¹⁸ domáhala určenia vlastníckeho práva k nehnuteľnostiam po právnych predchodcoch odporkyne. Navrhovateľ preukazoval svoje vlastnícke právo z titulu darovacej zmluvy uzatvorenej dňa 9. januára 1965 medzi právnymi predchodcami odporkyne ako darcami a Československým štátom zastúpeným okresným národným výborom ako obdarovaným. V čase uzatvorenia darovacej zmluvy platilo ustanovenie § 134 ods. 2 OZ, podľa ktorého *„K zmluve o prevode nehnuteľnosti je potrebná jej registrácia štátnym notárstvom. Vlastníctvo prechádza registráciou zmluvy.“* V tomto prípade však darovacia zmluva nebola registrovaná štátnym notárstvom, a tak podľa právnej úpravy platnej a účinnej do prijatia novely OZ č. 131/1982 Zb. vlastnícke právo z uvedenej darovacej zmluvy nemohlo prejsť na navrhovateľa. Zápis v evidencii nehnuteľností ostal nezmenený v prospech darcov.

Novela OZ č. 131/ 1982 Zb. zmenila ustanovenie § 134 ods. 2 tak, že *„Ak sa nehnuteľná vec prevádza na základe zmluvy, nadobúda sa vlastníctvo účinnosťou zmluvy; na jej účinnosť je potrebná registrácia štátnym notárstvom, ak nejde o prevod do socialistického vlastníctva.“*

Okrem toho, že sa uvedenou novelou zmenili vecnoprávne účinky registrácie zmluvy štátnym notárstvom na naviazanie aj obligačných účinkov zmluvy na jej registráciu, zaviedla uvedená novela výnimku z povinnosti registrácie zmlúv pri prevodoch do socialistického vlastníctva. Vychádzajúc z retroaktívneho prechodného ustanovenia § 507a, ktoré bolo ovládané pravou spätnou pôsobnosťou¹⁹, došlo ku „konvalidácii“ prechodu vlastníckeho práva z uvedenej darovacej zmluvy spätne ku dňu jej uzatvorenia.

V tejto súvislosti vyvstala v uvedenom spore pre samotné rozhodnutie vo veci zásadná otázka aplikácie uvedeného retroaktívneho ustanovenia § 507a OZ (podľa aktuálnej právnej úpravy § 865 OZ, ďalej v príspevku v súlade s aktuálnou úpravou budeme uvádzať § 865 OZ) v súčasnosti a všeobecne otázka viazanosti súdu pri jeho rozhodovaní normou s pravou spätnou pôsobnosťou.

Novelou č. 493/ 1992 ústavného zákona č. 100/ 1960 Zb. Ústavy ČSSR bola Česká a Slovenská Federatívna Republika deklarovaná ako demokratický právny štát zložený z Českej republiky a Slovenskej republiky. Po rozdelení ČSFR bol prijatý základný zákon Slovenskej republiky č. 460/ 1992 Zb. Ústava Slovenskej republiky, ktorá v čl. I deklaruje Slovenskú republiku ako zvrchovaný, demokratický a právny štát. Ako opakovane vyplýva z rozhodovacej činnosti Ústavného súdu SR v ústavnom poriadku Slovenskej republiky možno všeobecný zákaz

¹⁸ Pozemkový fond koná za štát pred súdom podľa ust. § 34 ods. 14 Zákon č. 330 / 1991 Zb. Zákon Slovenskej národnej rady o pozemkových úpravách, usporiadaní pozemkového vlastníctva, pozemkových úradoch, pozemkovom fonde a o pozemkových spoločenstvách

¹⁹ Svoboda J., Občiansky zákonník, I. diel, Komentár, str. 795

spätného pôsobenia právnych predpisov odvodiť z čl. I ústavy, podľa ktorého je Slovenská republika právnym štátom. Ako už bolo uvedené v tomto príspevku k imanentným znakom právneho štátu neodmysliteľne patrí aj požiadavka (princíp) právnej istoty a ochrany dôvery občanov v právny poriadok, súčasťou čoho je i zákaz spätého (retroaktívneho) pôsobenia právnych predpisov, resp. ich ustanovení.²⁰

Podľa recepcnej normy čl. 153 ods. 1 ústavy, ktorou bola zabezpečená právna kontinuita právnych predpisov pri vzniku Slovenskej republiky, *zostávajú ústavné zákony, zákony a všeobecne záväzné predpisy v Slovenskej republike v platnosti, ak neodporujú ústave. Meniť a zrušovať ich môžu príslušné orgány Slovenskej republiky.*

Prijatím zmeny ústavy ČSSR, ktorými sa deklaroval právny štát, a teda aj zásada zákazu spätnej pôsobnosti zákonov, dostalo sa ustanovenie § 865 ods. 1 OZ do rozporu s ústavou.

Podľa § 152 ods. 2 ústavy „*neplatnosť zákonov a iných všeobecne záväzných právnych predpisov vydaných v Českej a Slovenskej Federatívnej Republike vzniká deväťdesiatym dňom po uverejnení rozhodnutia Ústavného súdu Slovenskej republiky o ich neplatnosti spôsobom ustanoveným na vyhlasovanie zákonov.*“ Podľa ods. 3 toho istého článku „*o neplatnosti právnych predpisov rozhoduje Ústavný súd Slovenskej republiky podľa návrhu osôb uvedených v čl. 130.*“

Ustanovenie § 865 ods. 1 OZ nebolo napriek svojmu rozporu s ústavou predmetom rozhodovania Ústavného súdu SR. Ústavný súd nerozhodoval o neplatnosti uvedeného ustanovenia, preto je uvedené ustanovenie na základe vyššie uvedených ustanovení ústavy stále ako platné a účinné ustanovenie súčasťou právneho poriadku.²¹

Podľa § 109 ods. 1 písm. b) zákona č. 99/ 1963 Zb. Občiansky súdny poriadok (ďalej „OSP“) všeobecný súd konanie preruší, ak o. i. pred rozhodnutím vo veci dospel k záveru, že všeobecne záväzný právny predpis, ktorý sa týka veci, je v rozpore s ústavou, zákonom alebo medzinárodnou zmluvou, ktorou je Slovenská republika viazaná; v tom prípade postúpi návrh ústavnému súdu na zaujatie stanoviska.

V súvislosti s právomocou všeobecného súdu posudzovať súlad právneho predpisu s ústavou podľa § 109 OSP je zaujímavé Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 1 Obdo V 73/2006 zo dňa 28.09.2006. V danej

²⁰ Nález Ústavného súdu SR sp.zn. PL. 36/95 z 3.4.1996, zverejnený v Zbierke zákonov SR, čiastka 47, pod číslom 131/1996

²¹ Vojčík P. a kol., Občiansky zákonník, stručný komentár, str. 1222 v komentári k ustanoveniu § 865 OZ uvádza, že toto je **obsolétne**. Prusák J. v Teorii práva, str. 214 uvádza, že obsolétne právne normy sú neefektívne normy, ktoré nie sú vcelku rešpektované, ktoré buď nevstúpili do používania, prípadne už vyšli z používania. Tento fakt však musí štátny orgán spotrebnou právomocou autoritatívne konštatovať. Ak obsolétne normy neboli stanoveným spôsobom zrušené, sú prvkami právneho systému. Tým, že ich štát nezrušil, uznáva, že obsolétna právna norma stále spĺňa podmienku príslušnosti k danému právnemu systému.

veci sa dovolateľ domáhal, aby Najvyšší súd SR ako dovolací súd zrušil o.i. uznesenie odvolacieho súdu, ktorým bol tiež v tomto prípade Najvyšší súd SR. Najvyšší súd SR ako odvolací súd sa uznesením z 23.5.2006, č.k. 2 Obo 136/2006 -106 stotožnil s právnym názorom súdu prvého stupňa, pričom k návrhu žalobcu na prerušenie konania podľa ustanovenia § 109 ods. 1 písm. b) OSP uviedol, že Ústava Slovenskej republiky v článku 1 ods. 1 *nevyslovuje zákaz retroaktivity v odvetví občianskeho práva*, a preto odvolací súd dospel k záveru, že ustanovenie § 70e ods. 4, 5 a 6 zákona č. 328/1991 Zb. o konkurze a vyrovnaní v znení neskorších predpisov nie je v rozpore s Ústavou Slovenskej republiky a z tohto dôvodu netreba konanie prerušiť a vec postúpiť na Ústavný súd Slovenskej republiky na zaujatie stanoviska. Otázka neprípustnosti retroaktivity je podľa názoru Najvyššieho súdu SR viazaná na odvetvie trestného práva (čl. 50 ods. 6 Ústavy Slovenskej republiky).

Dovolací súd mal za to, že odvolací súd venoval prerušeniu konania potrebnú pozornosť a dostatočne svoj záver odôvodnil v písomnom vyhotovení napadnutého uznesenia. Z hľadiska postupu odvolacieho súdu podľa § 109 ods. 1 písm. b) OSP je podľa dovolacieho súdu rozhodujúce to, že odvolací súd nedospel k záveru, že dovolateľom citované ustanovenie zákona o konkurze a vyrovnaní bolo v rozpore s ústavou, či medzinárodnou zmluvou, ktorou je SR viazaná; odvolací súd neprekročil svoju právomoc, ak posudzoval otázku, či aplikované ustanovenie nie je v rozpore s ústavou, avšak iba za účelom, či netreba konanie prerušiť a požiadať ústavný súd o zaujatie stanoviska.

V tomto smere ide o špecifické subjektívne oprávnenie všeobecného súdu, resp. sudcov všeobecných súdov, pričom ani netreba, aby v každom rozhodnutí v jeho odôvodnení sa touto otázkou zaoberal. Pokiaľ sa tejto otázky nedotkne, je zrejmé, že súd vychádzal z toho, že aplikovaný právny predpis je v súlade s ústavou. Na druhej strane, ak všeobecný súd nedospeje k záveru, že aplikovaný právny predpis nie je v súlade s ústavou, tento jeho postup nemožno považovať z procesného hľadiska za vadu konania ani v prípade, ak by následne Ústavný súd Slovenskej republiky v inom konaní takýto nesúlads konštatoval. Všeobecný súd ústavnosť právneho predpisu posudzuje na základe vlastných skúseností a poznatkov, v tomto smere je úplne nezávislý, ale nemôže postupovať ani svojvoľne.

K obdobným záverom dospel Najvyšší súd SR aj vo svojom uznesení Obdo/15/2008 zo dňa 28.10.2009.²² V odôvodnení uvedeného uznesenia Najvyšší súd SR konštatuje, že povinnosť konanie prerušiť podľa § 109 ods. 1 písm. b) OSP nie je daná tým, že má o ústavnosti zákona pochybnosti účastník, ale závisí od zistenia konajúceho súdu. Pokiaľ preto rozpor zákona

²²http://nssr.blox.sk/blox/cms/main/sk/rozhodnutia/id11/linkState/formDisplay/displayForm/form/displayAttr/pdf/upload/binary/1_Obdo_15_2008.pdf; obdobne bolo konštatované v Uznesení NS SR 5 Cdo 294/2008, v ktorom NS SR uviedol, že neprerušenie konania podľa § 109 ods. 1 písm. b) OSP súdom z dôvodu, že tento nezistí rozpor s ústavou alebo s iným zákonom alebo s ústavou (či už preto, že tento rozpor neexistuje alebo si ho neuvedomí) nie je vadou konania, ktorá by mala za následok nesprávne rozhodnutie vo veci.

s Ústavou Slovenskej republiky alebo s iným zákonom alebo medzinárodnou zmluvou, ktorou je Slovenská republika viazaná a k čomu je súčasne oprávnený a povinný súd, nezistí (či už preto že tento rozpor neexistuje alebo *preto, že si ho neuvedomí*), nie je povinný konanie prerušiť.

V jednom smere sú uvedené konštatovania Najvyššieho súdu SR pochopiteľné, predpokladám, že cieľom záverov Najvyššieho súdu SR bolo zamedziť zbytočným prerušovaniam konaní podľa § 109 ods. 1 písm. b) OSP, pri každom namietaní nesúlady s ústavou alebo medzinárodnou zmluvou účastníkom konania a záťaži Ústavného súdu, ktorý by sa tak musel zaoberať každou takou námietkou; na druhej strane uvedenými závermi Najvyšší súd SR „odobril“ nevedomosť súdu, či dokonca podľa môjho názoru neprípustné *subjektívne „neuvedomenie“* si súdu pri vyhodnocovaní nesúlady právnej normy s ústavou alebo medzinárodnou zmluvou, a to napriek tomu, ak by následne Ústavný súd Slovenskej republiky v inom konaní takýto nesúlad konštatoval. Najvyšší súd SR podľa môjho názoru môže takýmito závermi zasiahnuť v konkrétnych prípadoch do ústavných práv účastníkov. V prípade pripustenia pravej spätnej pôsobnosti právnej normy súdom na základe jeho subjektívneho neuvedomenia, vedú závery Najvyššieho súdu SR k popretiu základných princípov právneho štátu. „Stojí“ predpokladaný cieľ Najvyššieho súdu SR nad týmito princípmi?

Ak súd z dôvodu rozporu právnej normy s ústavou nepreruší konanie a nepostúpi návrh ústavnému súdu na zaujatie stanoviska, mal by na takú normu pri svojom rozhodovaní prihliadať, nakoľko je stále platnou a účinnou. V tejto súvislosti ostáva otáznym uplatnenie ustanovenia čl. 152 ods. 4 ústavy, ktoré stanovuje, že „*výklad a uplatňovanie ústavných zákonov, zákonov a ostatných všeobecne záväzných právnych predpisov musí byť v súlade s touto ústavou*“ a postup súdu pri výklade a uplatňovaní právnej normy, ktorá je stále platná a účinná, aj keď nie je v súlade s ústavou, t.j. aj ustanovenia § 865 ods. 1 OZ.

Podľa § 144 ods. 1 ústavy sú sudcovia pri výkone svojej funkcie nezávislí a pri rozhodovaní sú viazaní ústavou, ústavným zákonom, medzinárodnou zmluvou podľa čl. 7 ods. 2 a 5 a zákonom.

Ústavný súd v odôvodnení svojho Nálezu sp. zn. III. ÚS 341/07 – 38 zo dňa 1.7.2008²³ uvádza, že nevyhnutnou súčasťou rozhodovacej činnosti súdov zahŕňajúcej aplikáciu abstraktných právnych noriem na konkrétne okolnosti individuálnych prípadov je zisťovanie obsahu a zmyslu právnej normy uplatňovaním jednotlivých metód právneho výkladu. Ide vždy o metodologický postup, v rámci ktorého nemá žiadna z výkladových metód absolútnu prednosť, pričom jednotlivé uplatnené metódy by sa mali navzájom dopĺňať a viesť k zrozumiteľnému a racionálne zdôvodnenému vysvetleniu textu právneho predpisu. Pri výklade a aplikácii ustanovení právnych predpisov je nepochybne potrebné prvotne vychádzať z ich doslovného znenia. Súd však nie je doslovným znením zákonného ustanovenia viazaný absolútne. Môže, ba dokonca sa musí od neho (od doslovného znenia právneho textu) odchýliť v prípade, keď to zo závažných

²³ Uverejnené v Zbierke nálezov a uznesení Ústavného súdu SR pod číslom 36/2008

dôvodov vyžaduje účel zákona, systematická súvislosť alebo požiadavka ústavne súladného výkladu zákonov a ostatných všeobecne záväzných právnych predpisov (čl. 154 ods. 4 ústavy). Samozrejme, že sa v takýchto prípadoch musí zároveň vyvarovať svojvôle (arbitrárnosti) a svoju interpretáciu právnej normy musí založiť na racionálnej argumentácii.

V súlade s názorom Ústavného súdu SR prezentovanom v uvedenom náleze, by v prípade konkrétneho súdneho sporu prichádzal do úvahy aj postup súdu podľa čl. 154 ods. 4 ústavy. Podľa môjho názoru by bolo teda možné na posúdenie účinnosti § 865 ods. 1 OZ použiť aj všeobecne uznávané interpretačné derogačné pravidlá.

Ústava SR je základný zákon SR, ktorá sa vo vede štátneho práva chápe ako normatívny základný poriadok štátu, ako systém noriem najvyššej právnej sily, ako právny základ štátu.²⁴ Ako norma najvyššej právnej sily stojí ústava nad Občianskym zákonníkom, ktorý je vo vzťahu k ústave ako norma nižšej právnej sily. Do úvahy by prichádzala aplikácia derogačného pravidla *Lex posterior derogat legi priori* (neskoršia norma zrušuje normu skoršiu), ako aj derogačné pravidlo *Lex superior derogat legi inferiori* (norma vyššej právnej sily zrušuje normu nižšej právnej sily). Použitím týchto derogačných pravidiel, by bol jednoznačne nesúlad § 865 ods. 1 OZ vyriešený v prospech ústavy ako neskoršej normy vyššej právnej sily. Podľa derogačných pravidiel by sa mal súd pri rozhodovaní riadiť ústavou a neaplikovať v danom prípade § 865 ods. 1 OZ.

Zásada zákazu pravej spätnej pôsobnosti právnej normy je jednou zo zásad právneho štátu. Ustanovenie § 865 ods. 1 OZ sa prieči podstate právneho štátu už aj tým, že v tomto konkrétnom prípade v spojitosti s ustanovením § 134 ods. 2 OZ neznamenal vládu práva, ale jej účelom bola jednoznačná nerovnosť subjektov práva (štát verzus občan) v prospech posilnenia postavenia štátu.

Literatúra:

- Boguszak, J., Čapek J., Gerloch, A., Teória práva, Praha: ASPI Publishing, s.r.o., 2003, s. 323, ISBN 80-86395-74-X
- Ďurovčík, J., Retroaktivita, Bulletin slovenskej advokácie č. 2, 2005, str. 28-29, ISSN 1335-1079
- Knapp, V., Teorie práva, Praha: C.H.Beck, 1995, s. 247, ISBN 80-7179-028-1
- Svoboda, J., Občiansky zákonník, I. diel, komentár, Bratislava: EUROUNION, s. 826, ISBN 80-88984-09-2

²⁴ Posluch M., Cibulka E., Štátne právo Slovenskej republiky, str. 45

- Števček M., Ficová S., Občiansky súdny poriadok, komentár, Praha: C.H.Beck, 2009, s. 936, ISBN 978-80-7400-159-8
- Vojčík, P., Občiansky zákonník, stručný komentár, Bratislava: IURA EDITION, 2010, s. 1282, ISBN 978-80-8078-368-6
- Ottová, E., Teória práva, Šamorín: Heuréka, 2006, ISBN 80-89122-37-X
- Posluch, M., Cibulka Ľ., Štátne právo Slovenskej republiky, Šamorín: Heuréka, 2006, s. 335, ISBN 80-89122-31-0
- Prusák J., Teória práva, Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, 1995, s. 308, ISBN 80-7160-080-6
- Steiner, V., K problematice nepřípustnosti retroaktivity právních norem, Právnik č. 1, 1994, s. 1 – 6, ISSN 0231-6625

Contact – email

jana.duracinska@flaw.uniba.sk

RETROAKTIVITA ZÁKONA Č. 160/2006 SB.

JAN KOLBA

Masaryk University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law and
Politic Science, the Czech Republic

Abstract in original language

Autor ve svém příspěvku především rozebírá konkrétní retroaktivní ustanovení zákona upravujícího právo na přiměřené zadostiučinění za nemajetkovou újmu vzniklou v důsledku nepřiměřeně dlouze vedeného řízení před státními orgány. V souvislosti s tím se ale věnuje i problematice právě zpětné účinnosti v obecném slova smyslu i dopadům retroaktivních ustanovení do právní sféry subjektů práva. Dospívá k závěru, že zpětně účinné negativní dopady podobných ustanovení lze tolerovat jedině tedy, projeví-li se výhradně v právní sféře toho, jenž takové pravidlo autoritativně zakotvil.

Key words in original language

Nabytá práva, diskriminace, právní jistota, zásada rovnosti, retroaktivita, stát.

Abstract

This paper deals above all with an analysis of the retroactive provision of the law of the Czech Republic regulating the right to just satisfaction for non-pecuniary damage caused by excessively long proceedings before state authorities. In this context it also addresses the general difficulties relating to retroactivity and the consequences of retroactive laws in the legal sphere of individuals. It concludes that provisions establishing retroactively new obligations (duties) can be acceptable only when launched against the author of such a provision, e. g. against the state.

Key words

Acquired rights, discrimination, legal certainty, principle of equality, retroactivity, state

Retroaktivita zákona č. 160/2006 Sb. (Retroactivity of the Act No. 160/2006)

Český právní řád jakožto právní řád demokratického a právního státu je založen na zásadě, že normy (právní předpisy) nevztahují své účinky na jednání či skutečnosti, ke kterým došlo před tím, než se staly součástí tohoto právního řádu¹ (zásada zákazu retroaktivity). Jedná se o jeden z prvků právní jistoty. V. Knapp k tomu poznamenává, že právně filozoficky je toto východisko odůvodněné, ale že podobně je odůvodnitelná i politická nezbytnost zpětně účinných právních předpisů.² Tentýž autor nepovažuje za problém tzv. nepravou zpětnou účinnost, ale zpětnou účinnost pravou, jejíž zákaz sice není (až na trestní právo) v našem právním řádu nikde výslovně zakotven, ale její nemožnost je třeba dovodit z právně teoretických úvah, zejména ze zásady ochrany nabytých práv (*iura quaesita*).³

Zákonodárce však občas k prolomení zákazu pravé retroaktivity právních předpisů (byť i jen výjimečně) přistoupí, a to zejména v těch případech, kdy právní norma nepůsobí ve sféře subjektů práva negativně.⁴ Na následujícím příkladě bych rád ukázal, že přijetí retroaktivní normy nemusí vždy znamenat vybočení z principů právního státu, avšak i tak je třeba se zpětnou účinností zacházet velmi obezřetně, neboť i její technika (legislativní konstrukce) může mít závažné a nechtěné dopady. Nadto je třeba bedlivě zvažovat, zda přiznáním práva se zpětnou účinností implicitně nedochází zároveň se zpětnou účinností ke stanovení nějaké povinnosti a jakému subjektu jde taková povinnost k tíži.

To vše je možné demonstrovat na případě zákona č. 160/2006 Sb., jímž byl novelizován zákon č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu 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) – dále jen „z. č. 82/1998 Sb.“. Pravá retroaktivita byla zakotvena v čl. II této novely, který si z důvodu jeho důležitosti pro tento příspěvek dovoluji zde ocitovat. Článek II. zákona č. 160/2006 Sb. stanoví:

¹ Podobně viz i Filip, J. Ústavní právo 1. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR. Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk 1999, str. 265.

² Knapp, V.: Teorie práva, 1. vydání. Praha, C. H. Beck 1995, str. 207.

³ Ústavní zákaz pravé retroaktivity dovozuje Ústavní soud z principu právního státu, k jehož znakům náleží i princip právní jistoty a ochrany důvěry občana v právo. Nepravou retroaktivitu pak Ústavní soud považuje za zásadně přípustnou (viz naposledy náleží pléna Ústavního soudu, ze dne 19. 4. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 53/10).

⁴ Konec konců lze poukázat na § 5 ABGB, jenž sice stanovil, že „zákony nepůsobí nazpět“, v zápětí však tento limit korigoval tím, že „nepůsobí tedy ani na úkony, které se zběhly dříve, ani na práva, kterých bylo dříve nabyto.“ Ještě jasnější je např. čl. 9 odst. 3 Ústavy Španělska z roku 1978, který stanoví: „Ústava zaručuje zásadu zákonnosti, hierarchii norem, veřejnosti norem, **zákaz zpětné účinnosti těch sankčních ustanovení, která jsou pro práva jednotlivce nepříznivější nebo restriktivní**, jakož i zákaz libovůle veřejné moci.“ V ČR obdobně stanovil kritéria Ústavní soud (viz např. náleží ze dne 13. 3. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 51/2000, N 42/21 SbNU 369, 128/2001 Sb., či náleží ze dne 6. . 2007, sp. zn. Pl. ÚS 38/06, N 23/44 SbNU 279, 84/2007 Sb.).

„Odpovědnost podle tohoto zákona za nemajetkovou újmu způsobenou nesprávným úředním postupem podle § 13 odst. 1 věty druhé a třetí a § 22 odst. 1 věty druhé a třetí zákona č. 82/1998 Sb., ve znění účinném ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona, se vztahuje také na nemajetkovou újmu vzniklou přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, pokud nebyl nárok na náhradu této újmy promlčen; v případě, že poškozený podal před nabytím účinnosti tohoto zákona k Evropskému soudu pro lidská práva z tohoto titulu v dané věci včasnou stížnost, o které tento soud dosud nevydal konečné rozhodnutí, dojde k promlčení nároku na náhradu nemajetkové újmy za 1 rok ode dne účinnosti tohoto zákona.“

Pro přehlednost příspěvku uvádím, že uvedenou novelou byla do zákona č. 82/1998 Sb. vložena možnost uplatňování nároku na náhradu nemajetkové újmy způsobené:

- a) nezákonným rozhodnutím
- b) nesprávným úředním postupem,
- c) nesprávným úředním postupem spočívajícím v neučinění úkonu či nevydání rozhodnutí v zákonem stanovené či v přiměřené lhůtě.⁵

Právní praxe se shoduje v tom že zakotvení pravé zpětné účinnosti v rozebíraném ustanovení je v souladu s principy právního státu, neboť nepříznivé účinky tohoto předpisu dopadají toliko do sféry státu jakožto povinného k odškodnění příslušné nemajetkové újmy.⁶

Konstrukce rozebíraného ustanovení, tak jako i jeho aplikace nicméně skýtá četná úskalí, jejichž zejména judikatorní překonávání vzbuzuje kritiku.

a) **Retroaktivita diskriminační**

Předně je možno poukázat na to, že ustanovením čl. II zákona č. 160/2006 Sb. byli „retroaktivně“ dotčeni jen ti poškození, kterým byla způsobena nemajetková újma tím, že v jejich řízení došlo k tzv. průtahům, lépe řečeno, že jejich případ nebyl projednán v přiměřené lhůtě. Jak totiž vyplývá ze znění citovaného přechodného ustanovení, vztahuje se jeho zpětná účinnost toliko na ten nesprávný úřední postup, který spočívá v porušení práva účastníka řízení na projednání věci v zákonem stanovené či v přiměřené lhůtě. V případě nemajetkové újmy vzniklé nezákonným rozhodnutím či jiným nesprávným úředním postupem se zákon vztahuje až na rozhodné skutečnosti, které nastaly po účinnosti zákona č. 160/2006 Sb., tedy počínaje 27. 4. 2006.

K tomu se již kriticky vyjádřil Ústavní soud, jenž konstatoval, že „[...] je nesporné, že požadavek poskytnutí stejných práv za stejných podmínek bez neodůvodněných rozdílů dle

⁵ Jedná se zejména o nový § 31a ve spojení s § 13 odst. 1 a § 22 odst. 1 zákona č. 82/1998 Sb.

⁶ K tomu viz i Vojtek, P., Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci. 2. vydání. C. H. Beck, 2005, str. 196.

čl. II zákona č. 160/2006 Sb. respektována není, neboť zákonodárce bez v ústavní rovině akceptovatelných důvodů [...] znevýhodnil ty subjekty, kterým vznikla imateriální újma nezákonným rozhodnutím, před těmi, jimž vznikla imateriální újma nesprávným úředním postupem.“⁷ Ústavní soud takový „neodůvodněný“ krok zákonodárce považuje za problematický zejména z hlediska ústavního principu rovnosti (čl. 1 Listiny základních práv a svobod – dále jen „LZPS“) či komplementárního zákazu diskriminace (čl. 3 LZPS).

K tomuto rozdílnému režimu došlo zřejmě proto, že zákonodárce upínal téměř veškeré své snahy k tomu, aby Česká republika nebyla již tak mnohočetně shledávána povinnou k poskytnutí spravedlivého zadostiučinění za porušení čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“) před Evropským soudem pro lidská práva (dále jen „ESLP“). Tomu nasvědčuje jak znění § 31a zákona č. 82/1998 Sb., tak i rozebírané přechodné ustanovení v části věty za středníkem a konec konců také důvodová zpráva. Proto vztáhl zákonodárce účinky nové právní úpravy jen na ty případy nemajetkové újmy za nepřiměřeně dlouhá řízení, které byly již v době nabytí účinnosti zákona projednávány před ESLP⁸, nebo, řečeno poněkud s nadsázkou, které tam teprve směřovaly.

Lze však souhlasit s Ústavním soudem, že zákonodárce neposkytl žádný rozumný důvod pro zakotvení různé časové působnosti zákona vůči uvedeným nárokům na zadostiučinění za nemajetkovou újmu způsobenou při výkonu veřejné moci. To však není jediný problematický bod tohoto přechodného ustanovení.

b) Retroaktivita vázaná na promlčení

Ze znění čl. II. zákona č. 160/2006 Sb. se podává, že nová právní úprava se vztahuje také na nemajetkovou újmu vzniklou přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, pokud nebyl nárok na náhradu této újmy **promlčen**. To je podle mého názoru velká slabina tohoto přechodného ustanovení, která způsobuje mnoho aplikačních těžkostí a vede v celé řadě případů k velmi nestandardním závěrům a postupům.

Předně není zřejmé, podle které právní úpravy se má promlčení nároku na náhradu nemajetkové újmy posuzovat. Zákon č. 82/1998 Sb. obsahuje pravidla pro posouzení promlčení tohoto nároku v § 32 odst. 3, avšak tato úprava vstoupila v účinnost ve stejný okamžik jako rozebírané přechodné ustanovení a především ve stejný okamžik jako úprava samotného práva na přiměřené zadostiučinění zakotvená v § 31a tohoto zákona. Lze si proto

⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 14. 4. 2009, sp. zn. II. ÚS 1191/08, N 85/53 SbNU 79.

klást otázku, zda lze posuzovat promlčení práva (nároku) podle právní úpravy, která v době, kdy toto právo bylo založeno (byť na základě retroaktivního právního předpisu), ještě neexistovala (resp. nebyla součástí právního řádu). K této problematice zaujal pregnantně své stanovisko Nejvyšší soud, když uvedl, že „ustanovení čl. II zákona č. 160/2006 Sb. je [...] nutno interpretovat tak, že nárok na tuto náhradu je možno uplatňovat i tehdy, jestliže nedošlo k jeho promlčení podle tohoto zákona, tedy podle úpravy obsažené v § 32 odst. 3 zákona č. 82/1998 Sb. ve znění účinném od 27. 4. 2006.“⁹ Platí tedy, že nemajetkovou újmu vyvolanou porušením práva na přiměřenou délku řízení lze nahradit i tehdy, neskončilo-li příslušné řízení dříve než šest měsíců před nabytím účinnosti novely provedené zákonem č. 160/2006 Sb., tedy šest měsíců před 27. 4. 2006 (vyjma případů, kdy poškozený podal včasnou stížnost k ESLP).

Tento závěr zřejmě vychází z předpokladu, že je-li nějaký nárok založen se zpětnou účinností, je přiléhavé, je-li se zpětnou účinností posuzováno i jeho promlčení či že je třeba vždy postupovat podle zásady *lex posterior specialis derogat legi anteriori generali*. Na druhou stranu je možno namítat, že právě onou zpětnou účinností speciální právní úpravy promlčení nároku na přiměřené zadostiučinění došlo k nepřipustnému negativnímu zásahu do nabytých práv (byť nabytých též ze zpětnou účinností). Uvedené se tedy řídí logikou, že právo nabyté se zpětnou účinností lze i se zpětnou účinností pozbýt. Přiznávám, že mnou nastíněná konstrukce o zpětném pozbytí zpětně nabytých práv není zcela nepochybná, ale chtěl jsem tím zvýraznit problematičnost zvolené konstrukce omezení zpětné účinnosti.

Poznamenávám také, že v úvahu zřejmě přicházelo i jiné řešení spočívající v tom, že promlčení nároků na nemajetkovou újmu založených se zpětnou účinností (tedy do 27. 4. 2006) by bylo posuzováno podle obecných právních předpisů, tedy podle § 101 obč. zák. (k tomu konec konců inklinují i některé soudy prvního stupně). Dopady rozdílného řešení jsou očividné, a to v důsledku odlišné délky promlčecí doby (v prvním případě tři roky a ve druhém případě šest měsíců). Protiargumentem by mohlo být, že takový postup by zakládal nerovnost subjektů práva na přiměřené zadostiučinění, neboť by se lišila promlčecí doba těch, kterým právo vzniklo před účinností zákona a těch, kterým vznikla až po jeho účinnosti (nastaly by paradoxní situace, kdy by účastník řízení skončeného dne 26. 4. 2006 měl k dispozici dobu

⁸ Podle judikatury ESLP jsou stěžovatelé povinni využít právní prostředek nápravy zavedený zákonem, který byl vyhlášen až po podání stížnosti k ESLP (např. rozhodnutí senátu druhé sekce ESLP o nepřijatelnosti stížnosti č. 69789/01 ve věci *Brusco proti Itálii*).

⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 10. 2010, sp. zn. 30 Cdo 1269/2009 (www.nsoud.cz). Ke stejnému závěru dospěl i Petr Vojtek v díle cit. výše, str. 196).

pro uplatnění nároku v délce téměř tří let a účastník řízení skončeného o den později by musel vystačit se šestiměsíční lhůtou).

Dalším – stěžejním akceptovatelným důsledkem tohoto řešení – je, že účastník nepřiměřeně dlouhého řízení, skončeného méně jak šest měsíců před datem účinnosti zákona č. 160/2006 Sb., má promlčecí dobu zkrácenou o tu část, která uběhla před tímto datem. Například u řízení skončeného dne 28. 10. 2005 by měl účastník jen jeden den na to, aby uplatnil svůj nárok u příslušného orgánu. Navíc je nutno si uvědomit, že v případě uvedeného zákona nebyla poskytnuta žádná legisvakanční lhůta. K tomuto problému se konec konců vyjádřil i ESLP v rozsudku senátu páté sekce ze dne 25. 11. 2010, ve věci *Antoni proti České republice*, stížnost č. 18010/06, když uvedl, že „rozhodnout o tom, jakou lhůtu lze považovat za přiměřenou pro vyčerpání právního prostředku nápravy, přísluší nepochybně národnímu zákonodárci, nikoliv Soudu. Nicméně jestliže český zákonodárce v daném případě stanovil obecnou lhůtu šesti měsíců, má Soud za to, že nelze některým stěžovatelům stanovit lhůtu kratší“ (odst. 34).¹⁰ ESLP v takovém případě považuje český kompenzační prostředek nápravy nepřiměřeně dlouhého řízení za neúčinný. Výkladově by snad obstál závěr, podle něhož by subjektům práva na přiměřené zadostiučinění za nepřiměřenou délku řízení, které neskončilo dříve jak 27. 10. 2005, plynula od 27. 4. 2006 „nová“ šestiměsíční promlčecí doba.

Jedním z dalších zádrhelů bylo, jak s touto retroaktivní konstrukcí vypořádat z hlediska § 100 odst. 1 věty druhé obč. zák., podle něhož „k promlčení soud přihlédne jen k námitce dlužníka“. Zde se ovšem jedná o podmínku aplikovatelnosti zákona, a proto bylo zaujato stanovisko, že k promlčení přihlédne soud z úřední povinnosti. K tomuto závěru dospěl Nejvyšší soud s odůvodněním, že „[...] přechodné ustanovení zákona č. 160/2006 Sb. zakládá pravou zpětnou účinnost (retroaktivitu), a to s vyloučením nároků, jež k datu účinnosti této normy byly promlčeny, (a) proto je nezbytné před rozhodnutím vyřešit otázku možnosti aplikace § 31a uvedeného zákona na uplatněný nárok, a to bez ohledu, zda námitka promlčení byla vznesena či nikoliv.“¹¹ Toto řešení, ač akceptovatelné, je velmi nestandardní.

¹⁰ Lze jen poznamenat, že ESLP se dříve vyjádřil ke komentovanému přechodnému ustanovení s tím, že „poskytuje českým účastníkům řízení reálnou možnost domoci se v rámci svých námitek nápravy na vnitrostátní úrovni [...]“ (viz konečné rozhodnutí o přijatelnosti senátu páté sekce ze dne 16. 10. 2007, ve věci *Vokurka proti České republice*, stížnost č. 40552/02, odst. 62. Z tohoto rozhodnutí se nicméně podává, že ESLP spíše jako pozitivní hodnotil to, že čeští stěžovatelé u ESLP mají ode dne účinnosti zákona č. 160/2006 Sb. rok na to, aby nárok uplatnili podle vnitrostátního právního předpisu. Tím se ostatně ESLP poněkud odlehčilo, neboť mohl stěžovatele odkázat na tento prostředek, aniž se stížnostmi musel sám meritorně zabývat.

¹¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17. 2. 2009, sp. zn. 25 Cdo 198/2007, uveřejněný ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod č. 111/2009 (číslo sešitu 10/2009). Nejvyšší soud již také vydal výkladové stanovisko občanskoprávního a obchodního kolegia k problematice nepřiměřeně dlouhých řízení – jedná se o stanovisko ze dne 13. 4. 2011, sp. zn. Cpjn 206/2010. Obě rozhodnutí jsou dohledatelná na internetových stránkách Nejvyššího soudu, www.nsoud.cz.

To je ovšem dáno právě výjimečnou konstrukcí přechodného ustanovení čl. II zákona č. 106/2006 Sb.

c) Retroaktivita protistátní

Z právě uvedeného rozboru je zřejmé, že i pravá zpětná účinnost (retroaktivita) právního přepisu může být právně politicky ospravedlnitelná. Již citovaný V. Knapp ovšem upozorňuje na to, že zlepšuje-li pozdější zákon právní postavení subjektu práva zpětně, „[...] ve skutečnosti nejde o to, že by zákon platil zpětně, že by tedy zpětně stanovil, co mělo být, nýbrž stanoví veskrze pragmatickou fikci, že se na dřívější protiprávní chování hledí tak, jako by bylo bývalo oprávněné, či že někdo měl více práv, než skutečně měl, atd.“¹² K tomu je ale nutno poznamenat, že – vztáhnuto do sféry práva soukromého – takové ustanovení, které zpětně přiznává někomu nějaké právo nebo zpětně označuje nějaké chování za souladné s právem, zpravidla zároveň negativně (restriktivně) zasahuje do právní sféry jiného. Jinými slovy řečeno, jestliže právu jednoho musí korespondovat povinnost druhého, je zpětné stanovení práva i zpětným stanovením povinnosti.

V daném případě by ve smyslu poslední úvahy bylo možno konstatovat, že zpětná účinnost práva na přiměřené zadostiučinění za neadekvátní délku řízení působí negativně vůči státu, neboť je se zpětnou účinností založena odpovědnost státu za nemajetkovou újmu účastníků „dlouhých“ řízení před jeho orgány. A zde je možná ono jádro pudla. Platí asi, že jsou-li negativní účinky retroaktivního právního předpisu namířeny pouze vůči státu, jenž je původcem a zároveň vykonavatelem takového předpisu, nejedná se o nepřipustné porušení zásady zákazu (pravé) retroaktivity. Jinak vyjádřeno, stíhá-li negativními dopady zpětně účinné normy stát jen sám sebe, nelze mu v tom s poukazem na zákaz retroaktivity bránit. Je přitom zřejmě nerozhodné, zda se jedná o právní vztahy vzniknuvší v důsledku výkonu státní moci nebo právní vztahy, jejichž původ tkví v postavení státu jako právnické osoby v soukromoprávních vztazích.

Z tohoto pohledu nelze čl. II zákona č. 160/2006 Sb. považovat za problematický. Technika „zpětnosti“ uvedeného předpisu však problematická je, a bylo by podle mého mínění přehlednější, stanovil-li by zákonodárce zpětnou účinnost pregnantně vyjádřeným časovým rámcem (např. tak, že by se nová právní úprava vtahovala i na ta řízení, která nebyla skončena dříve než 27. 10. 2005).¹³

¹² Viz dílo cit. sub poznámka pod čarou č. 2, str. 211.

¹³ Samozřejmě s tím, že promlčecí doba ohledně nároků z těchto řízení vzniklých by počínala běžet až od účinnosti nové právní úpravy, tedy od 27. 4. 2006.

Literature:

- Falla, F. G. et al: Comentarios a la Constitución, Tercera edición ampliada, Madrid: Civitas, 2001, 2839 p., ISBN: 84-470-1680-3

- Filip, J.: Ústavní právo 1. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR., Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 1999, 535 p., ISBN: 80-210-20326 (Masarykova univerzita) ISBN: 80-7239-036-8 (Doplněk Brno)

- Knapp, V.: Teorie práva, 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1995, 247 p., ISBN:80-7179-028-1 (C.H.Beck, Praha), ISBN: 3-406-40177-5 (C.H.Beck, München)

- Vojtek, P.: Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci. 2. vydání, Praha: C. H. Beck, 2005, 288 p., ISBN: 978-80-7179-644-2

Contact – email

kolba.jan@gmail.com

RETROAKTIVITY AND INCOME TAX

STANISLAV KOUBA

Faculty of Law, Masaryk university, Czech republic

Abstract in original language

Příspěvek analyzuje základní otázky spojené s retroaktivitou (pravou i nepravou) v daních z příjmů. Především rozebírá podstatu pravé a nepravé retroaktivity po stránce teoretické a následně užít těchto teoretických prvků demonstrovat v praxi, a to na aktuálních otázkách, týkajících zdanění státního příspěvku na stavební spoření a zdanění výroby elektřiny ze slunečního záření.

Key words in original language

Retroaktivita, daně z příjmů, odvod za výrobu elektřiny ze slunečního záření, státní příspěvek na stavební spoření.

Abstract

Contribution analyzes basic topics connected with retroactivity (right and simulated) in income taxes. At the first place it analyzes the merit of right and simulated retroactivity in the theoretic page and consecutively usege of this theoretic elements in practice in the current topics which are connected with the state building savings benefit and solar electricity production taxation.

Key words

Retroactivity, income taxes, solar electricity production contribution, state building savings benefit.

1. AKTUÁLNOST PROBLÉMU

Retroaktivita při zdanění příjmů není neobvyklou problematikou. Mnoho odborníků toto téma přilákalo až nyní, a to díky medializaci kauzy týkající se snižování příspěvku na stavební spoření. Nicméně evaluace retroaktivního působení novely zákona o daních z příjmů probíhá téměř při každé z těchto novel.

Pokud tento aspekt vynásobíme počtem novel zákona o daních z příjmů, kterých je k současnému okamžiku více než 100, pak se dostáváme k prakticky stále trvající problematice posuzování retroaktivity, a to jak pravé, tak i nepravé.

2. POJEM RETROAKTIVITY

Retroaktivitu je možné dělit na retroaktivitu pravou a retroaktivitu nepravou.

Stručně vysvětleno - retroaktivita pravá je působení účinné právní úpravy na právní vztahy ještě před nabytím účinnosti této právní úpravy. Tj. především dochází k zásahům do očekávání subjektů, které se řídili podle určitého právního stavu, nicméně tento stav je zpětně měněn. Pravá retroaktivita je zásadně zakázána. Z pohledu adresáta tedy zásadně pro každý okamžik platí, že na něj v tomto okamžiku působí pouze normy vydané v minulosti a je vyloučeno působení norem vydaných v budoucnosti.

Naproti tomu retroaktivita nepravá je působením účinné právní úpravy na právní vztahy vzniklé před účinností této právní úpravy, avšak nezasahuje do právního stavu přede dnem nabytí její účinnosti. Z pohledu adresáta lze tento stav vykládat tak, že určitá norma působí na právní vztah adresáta vzniklý v minulosti, nicméně pouze do budoucna.

3. CO MŮŽE BÝT V DANÍCH Z PŘÍJMŮ PŘEDMĚTEM RETROAKTIVITY

Pokud se tento příspěvek má zaměřit na retroaktivitu v daních z příjmů, pak musí zkoumat především její konstrukční prvky. V zásadě lze pro účely zkoumání retroaktivity rozdělit tyto prvky do dvou skupin, a to na prvky, které mají jednorázovou povahu (tj. nastanou v jediném okamžiku) a na prvky trvající, tj. prvky, které trvají a probíhají v čase (tj. neváží se ke konkrétnímu okamžiku, ale k určitému časovému rozmezí).

3.1 JEDNORÁZOVÉ PRVKY

Jedním z nejvýznamnějších jednorázových prvků, není-li vůbec nejvýznamnější, v daních z příjmů je sám příjem.

Existují dva základní principy časového pojetí příjmů, a to cashový princip a akruální princip.

Cashový princip je založen na vzniku příjmu v okamžiku fyzického převedení hodnot, tedy zejména peněžních prostředků. Cashový princip je typický pro neúčtující osoby, neboť nevedou evidenci majetku a závazků v takovém rozsahu, aby bylo vždy možno určit okamžik vzniku nároku na daný příjem. Důvodem užití tohoto systému je jeho jednoduchost oproti systému akruálnímu.

Naopak akruální princip je založen na postupném vzniku celkového výnosu, jehož části lze pomocí kalkulace přiřadit k různým časovým obdobím. Akruální princip je typický pro účetní jednotky, neboť účetnictví je na akruálním principu obecně založeno.

Nelze jednoznačně říci, který ze způsobů je přesnější, neboť každý má své výhody a nevýhody. Například při úhradě nájmu za tři roky období bude přesnější akruální princip, neboť příjem poměrně rozdělí do všech tří let, ve kterých na něj vznikl nárok. Naproti tomu v případě nároku, který nebyl a

nebude uspokojen (nezaplacená pohledávka), je přesnější cashový princip, neboť v něm nikdy nevznikne příjem. Při uplatnění akruálního principu příjem vznikne a tato pohledávka musí být následně řešena formou opravných položek či odpisu pohledávky.

Může se zdát, že prvky založené na akruálním principu nejsou jednorázovým prvkem, nicméně opak je pravdou. Tento prvek lze totiž kdykoliv rozkalkulovat na jakkoliv krátký časový úsek. Uvedeno na výše zmíněném příkladu nájmu na tři roky je tento příjem, pokud je o něm účtováno (v tom případě podléhá akruálnímu principu), chápán jako více oddělených příjmů v jednotlivých účetních obdobích. Štěpit tento příjem je možné prakticky do nekonečna, příjem lze rozkalkulovat na jednotlivé dny i hodiny (což je obvyklé zejména u manažerského účetnictví). Nicméně vždy se tato jednotka chápe v rámci akruálního principu jako samostatný příjem nikoliv jako součást jednoho zaplaceného příjmu. De facto se příjem za období dle akruálního principu skládá z velkého množství jednorázových příjmů, jejichž počet závisí na detailu účtování. Z těchto důvodů je tedy příjem, který se řídí akruálním principem, jakož i jiné prvky založené na akruálním principu řadí k jednorázovým prvkům.

K dalším typickými představiteli jednorázových prvků jsou výdaje, o nichž platí v podstatě to samé jako o příjmu, včetně užívání cashového a akruálního principu.

3.2 TRVAJÍCÍ PRVKY

Vzhledem ke klasifikaci příjmů a výdajů jako jednorázového prvku zde mnoho institutů, které mají trvání v čase.

Jedním z takových je například odpisový plán, který je stanoven např. u nehmotného majetku zákonem velmi striktně (na základě § 32a zákona o daních z příjmů je stanoveno, že odpisování nelze přerušit, musí se odpisovat rovnoměrně a od okamžiku, kdy vznikla možnost zahájit odpisování). Odpisový plán jako prvek trvá tedy dobu určenou délkou odpisování daného hmotného nebo nehmotného majetku.

Dalším příkladem mohou být investiční pobídky. Jedná se fakticky o určitý personální statut (poplatník, kterému byla přislíbena investiční pobídka), který je dán určitou protislužbou ze strany poplatníka (k tomu, aby mohl čerpat tento daňový benefit, musí vytvořit určitá pracovní místa a investovat určitý objem prostředků).

Dalšími typy prvků zařaditelnými do kategorie trvajících jsou určité prvky, které mají specifickou konstrukci. Takovým bylo například osvobozením příjmů z obnovitelných zdrojů elektrické energie. Tato legislativní úprava byla obsažena pro fyzické osoby v § 4 odst. 1 písm. e) zákona o daních z příjmů a pro právnické osoby v § 19 odst. 1 písm. d) zákona o daních z příjmů. Osvobození bylo konstruováno jako 1 + 5 let, tj. osvobozený byl

kalendářní rok, ve kterém bylo zařízení uvedeno poprvé do provozu, a následujících pět let. To znamená, že na základě právní úpravy v okamžiku zprovoznění zařízení získal poplatník osvobození těchto příjmů na celý zbytek zdaňovacího období a dalších pět let.¹

3.3 SMYSL DĚLENÍ PRVKŮ

Dělit prvky na jednorázové a trvalé má smysl pro určení, jaká z retroaktivit může vůbec nastat.

Pravá retroaktivita může nastat u obou těchto prvků. Např. vzpomeňme zpětné zdanění manažerských odměn v Maďarsku 95 % daní z příjmů, což je názorný příklad retroaktivního zdanění jednorázového prvku. V případě trvalých prvků můžeme najít obdobný příklad např. v podobě zásahů do odpisového plánu, tj. zpětná změna délky odpisování určitého majetku má za následek povinnost přepočítat všechny doposud uplatněné odpisy s následnými dopady na výši daně v minulých obdobích. Pravé retroaktivity se tedy zákonodárce může dopustit u obou druhů prvků.

Naproti tomu nepravá retroaktivita je možná pouze u trvalých prvků. Pozměníme-li výše zmíněnou dobu odpisování, pak nepravá retroaktivita nastane v případě, kdy je poplatník nucen změnit od určitého data svůj odpisový plán, tj. pro nově uplatňované odpisy již bude platit nový režim. Nepravá retroaktivita nemůže u jednorázových prvků z jejich povahy existovat. Jestliže je povinnost uplatňovat od určitého data nový režim, pak každý jednorázový prvek se dokáže svou povahou zařadit vždy celý buď do starého režimu anebo do režimu po změně.

4. PŘÍKLADY Z PRAXE

4.1 STÁTNÍ PŘÍSPĚVEK NA STAVEBNÍ SPOŘENÍ

Zákonem č. 348/2010 Sb. došlo ke snížení státního příspěvku na stavební spoření vypláceného za rok 2011 a také k uvalení 50 % srážkové daně na příspěvky vyplácené za rok 2010. V návaznosti na schválení zákona opoziční poslanci podali návrh k Ústavnímu soudu na zrušení tohoto zákona, a to pro jeho rozpor s ústavním pořádkem respektive pro rozpor procesu jeho schvalování s ústavním pořádkem. Z hlediska daňového byla namítána retroaktivita 50 % srážkové daně, neboť nárok na vyplacení podpory státem vznikl na základě úkonů oprávněných osob (tj. uložení určitého množství finančních prostředků) v průběhu roku 2010, tj. ve většině případů přede dnem nabytí účinnosti zákona č. 348/2010 Sb.

¹ Kouba, S. Změny v oblasti zdanění fotovoltaických elektráren. e-Bulletin daňových poradců, únor 2011, č. 2, s. 3-6. ISSN 1211-9946

Pro určení toho zda se jedná či nejedná o retroaktivitu, případně o kterou z retroaktivit se jedná, je nezbytný rozbor příjmů v podobě státního příspěvku na stavební spoření.

Příspěvek na stavební spoření je příjmem fyzické osoby, a to podle § 8 (tj. příjem z kapitálového majetku). Dále je nutné říci, že se jedná o příjem, který nesouvisí s podnikáním, a proto o něm (pro daňové účely) nemůže být účtováno. V tomto důsledku bude tedy tento příjem pro účely zákona o daních z příjmů posuzován na základě cashového principu.

Při aplikaci výše uvedených teoretických poznatků se dospěje k závěru, že se v žádném případě nemůže jednat o nepravou retroaktivitu. Jediné, co se bude tedy posuzovat je, zda došlo k retroaktivitě pravé, tj. zda byl tento příjem zdaněn zpětně.

Pro posouzení pravé retroaktivity je třeba mít na paměti, že pro daň z příjmů je zásadní příjem a nikoliv např. vznik nároku. Vznik nároku je zásadní pro vznik příjmu v akruálním principu. V cashovém principu, ve kterém se pohybuje tento druh příjmu, se vznik příjmů váže na faktickou výplatu, inkasování. K tomuto inkasování dochází však až v roce 2011, z čehož plyne, že zavedení tohoto zdanění není svou povahou retroaktivní.

Mezi odbornou veřejností (ba i dokonce v návrhu poslanců k Ústavnímu soudu) existovala o této časové souslednosti řada mylných představ, například poslanci usilující o zrušení tohoto zákona Ústavním soudem ve svém návrhu zaměřovali okamžik vzniku nároku na příjem (splnění podmínek pro připsání státního příspěvku za rok 2010) a okamžik vzniku příjmu (přijetí státního příspěvku fyzickou osobou v roce 2011) pro účely daně z příjmů, což vedlo následně k mylným závěrům z hlediska časové souslednosti a posuzování případné retroaktivity ustanovení.

Tyto časové okamžiky je nutné striktně rozlišovat. V opačném případě totiž dojdeme k absurdním závěrům, které by měli při dodržování zákazu retroaktivity za následek nespravitelnost daní z příjmů.

Například, pokud by k 1. lednu 2011 došlo ke zvýšení sazby daně z příjmů fyzických osob a pokud by určitá fyzická osoba (vlastník nemovitosti) inkasovala nájemné za rok 2010 v březnu 2011, bylo by toto nájemné zdaněno vyšší sazbou daně i přesto, že v roce, kdy vznikl nárok na tento příjem, byla sazba daně nižší. Tento příklad zdanění je z hlediska posuzování retroaktivity obdobou zdanění státního příspěvku na stavební spoření, a proto je nutné dojít k naprosto stejným závěrům týkajícím se retroaktivity. Jediným možným je dané situaci závěr, že se o retroaktivitu zdanění v žádném případě nejedná, a to ani o pravou ani o nepravou.

V nálezu Ústavního soudu Pl. ÚS 53/10 ze dne 19. dubna 2011 Ústavní soud retroaktivitu zdanění nekonstatoval. Zákon zrušil na základě argumentu, že se nejedná o zdanění, nýbrž o skryté snížení příspěvku za rok

2010, které je retroaktivní, neboť krátí již vzniklý nárok. Ústavní soud se v tomto případě rozbořem možné retroaktivity zdanění příjmů nezabýval, což je na škodu zejména ve vztahu k obdobným možným případům v budoucnu.

4.2 ZRUŠENÍ OSVOBOZENÍ PŘÍJMŮ Z ALTERNATIVNÍCH ZDROJŮ ELEKTRICKÉ ENERGIE

V části zabývající se trvajícím prvky bylo prezentováno osvobození ze zákona o daních z příjmů, které bylo díky své konstrukci řazeno mezi trvajícím prvky. Vzhledem k tomu že toto osvobození je konstruováno na 1+5 let, nebylo možné bez dalšího poplatníky, jichž se osvobození týká, od daně z příjmů v dalších obdobích neosvobodit. Právo na osvobození v letech 2011 a následujících by měli tito poplatníci na základě právních předpisů účinných do konce roku 2010.

Tento problém řeší přechodné ustanovení zákona č. 346/2010 Sb., které omezuje účinky osvobození získaného před účinností novely zákona a výslovně říká, že osvobození se naposledy uplatní ve zdaňovacím období, které započalo v roce 2010.²

Zde nastává tedy příklad nepravé retroaktivity, kterou důvodová zpráva výslovně potvrzuje. Jedná se o nepravou retroaktivitu v neprospěch poplatníka. Její evaluace bude předmětem rozhodování Ústavního soudu.

Z poslední judikatury Ústavního soudu týkající se retroaktivity a zdanění (právě výše zmiňovaný rozsudek Pl. ÚS 53/10 ze dne 19. dubna 2011) je nepravá retroaktivita na rozdíl od pravé zásadně přípustná. Jedná se de facto o způsob změny starého režimu na režim nový. Nicméně ve svém rozhodnutí Ústavní soud bazíruje na ochraně legitimních očekávání a šetření práv, které se mají rušit. Vše je dle prezentovaných názorů opřeno o proporcionalitu mezi veřejným zájmem a zásahem do práv konkrétních subjektů.

V případě posuzování legitimních očekávání se dá vzít v úvahu poměrně intenzivní prezentování snahy zatížit provozovatele fotovoltaických elektráren téměř v průběhu celého roku 2010. Rovněž je třeba zvažovat veřejný zájem na snížení čisté podpory obdržené provozovatelem, a to zejména vzhledem k důsledkům, které tato podpora má pro veřejnost (navýšení cen elektrické energie).

5. ZÁVĚR

Za zásadní poznatek, který by si měl čtenář po přečtení tohoto příspěvku odnést, považuje autor fakt, že základním bodem pro určování retroaktivity

² Kouba, S. Změny v oblasti zdanění fotovoltaických elektráren. e-Bulletin daňových poradců, únor 2011, č. 2, s. 3-6. ISSN 1211-9946

v oblasti daně z příjmů není nárok, nýbrž příjem. Při analýze retroaktivnosti ustanovení je tak třeba tyto kategorie striktně odlišovat. V některých případech mohou splývat (což se děje pokud se poplatník řídí aktuálním principem, tj. např. je účetní jednotka), nicméně v cashovém principu může být okamžik vzniku příjmu zcela odlišný, tj. může nastat až po vzniku nároku nebo někdy i před ním.

Posuzováním retroaktivnosti a případným rušením právních předpisů je v České republice povolán především Ústavní soud, který by měl k této problematice vytvářet co možná nejkonstantnější judikaturu. V poslední době se objevují komentáře týkající se ztráty apolitičnosti Ústavního soudu a jako důkaz se uvádějí diametrálně odlišné názory mezi soudci, a to zejména v politizovaných tématech jakým byly například zdravotnické poplatky nebo v tomto článku prezentované zrušení zdanění státního příspěvku na stavební spoření. Pokud 5 ze soudců Ústavního soudu zaujme k dané problematice zcela odlišný názor, je velmi obtížné se na nálezu, jakožto součást judikatury, spolehnout a vnímat ho jako příspěvek do odborné diskuze.

Z hlediska retroaktivity v oblasti zdanění bude v nadcházejícím období zajímavý nálezu týkající se zdanění fotovoltaických elektráren. Na snížení benefitů provozovatelům fotovoltaických elektráren panuje napříč politickým spektrem shoda, což je dobrým znamením z toho pohledu, že v rozhodování nebudou natolik podstatné politické názory, jak tomu bylo v jiných prezentovaných tématech.

Literature:

- Kouba, S. Změny v oblasti zdanění fotovoltaických elektráren. e-Bulletin daňových poradců, únor 2011, č. 2, s. 3-6. ISSN 1211-9946

Contact – email

Koubastanislav@seznam.cz

RETROAKTIVITA BUDOUCÍ

VERONIKA KUDROVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá zvláštním druhem retroaktivity, která neexistuje v přítomnosti, ale je zřejmé, že k ní dojde v budoucnu. Pointou je zákonem předpokládaná změnitelnost určitého atributu sankce v čase, a to formou vnitřního předpisu vysoké školy, a to potom, co započalo samotné sankcionovatelné jednání.

Key words in original language

Retroaktivita, sankce, studium, poplatky spojené se studiem.

Abstract

The contribution concerns the special case of retroactivity, which does not exist in the present, but is about to arise during the future. Point of this kind of retroactivity, titled as a future retroactivity, is changeability in the time of one of the features of sanction ensuing the moment when the unwanted behavior (which is going to be sanctioned) is started.

Key words

Retroactivity, sanction, study, study-related fees.

1. ÚVOD

Jak je uvedeno v nálezu pléna Ústavního soudu ze dne 13. 6. 2002, sp. zn. III. ÚS 611/01, *k základním principům vymezujícím kategorii právního státu, kterým je i Česká republika (srov. čl. 1 Ústavy), patří princip ochrany důvěry občanů v právo a s tím související princip zákazu zpětné účinnosti (retroaktivity) právních norem*. Přestože je tento zákaz výslovně zakotven jen pro oblast trestního práva, Ústavní soud má za to, že platí o pro další právní odvětví.

Zákaz retroaktivity obecně znamená, že podle současné právní normy zásadně není možné posoudit lidské chování, které se uskutečnilo dříve, než tato právní norma nabyla účinnosti. Vychází z principu, podle něhož *každý musí mít možnost vědět, které jednání je zakázané, aby mohl být za porušení zákazu volán k odpovědnosti*. Tento zákaz souvisí i s funkcí právních norem, které svým adresátům ukládají, jak se mají chovat po jejich účinnosti, a proto zásadně platí jen do budoucna.

Retroaktivita bývá posuzována ve vztahu k právní normě současné a případným vztahům vzniklým v minulosti. O retroaktivitě by s jistou mírou nadsázky bylo možno mluvit i do budoucna za předpokladu, že budoucí

právní norma bude mít dopad na dnešní chování, a to takový, že by se dnešního chování subjekt zdržel, kdyby věděl, jakým způsobem jej bude norma v budoucnu regulovat.

Takto popsaná situace není ničím výjimečným. Lidské chování je kontinuálně ovlivňováno právními normami, které se v čase mění. Ospravedlněním takové změny je zpravidla možnost subjektu své chování změnit, a to aniž by taková změna s sebou nesla negativní důsledky.

Autorka se domnívá, že v právu existují i situace, kdy právní norma implicitně předpokládá změnu poměrů v budoucnu, ovšem s vědomím, že subjekty, na něž změněné pravidlo dopadne, nebudou často schopny od regulovaného chování upustit, aniž by se tím nevystavovali další sankci. Takovouto konkrétní situaci autorka v příspěvku přiblíží.

2. POPLATEK ZA DELŠÍ STUDIUM

2.1 VÝCHODISKA

Zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách) (dále jen "zákon o vysokých školách" či též jen "zákon") ve svém § 58 odst. 3 upravuje tzv. poplatek za delší studium^{1 2}. Jeho podstatou je sankcionování studenta za nežádoucí studijní chování.

Takové **nežádoucí studijní chování** lze vymezit jako opak studijního chování žádoucího, uskutečňovaného na veřejné vysoké škole, které lze odvozovat z žádoucího (průběhu) studia. Studium žádoucí, jak lze vyčíst ze zákonného vymezení skutkových okolností vedoucí ke splnění podmínek pro vyměření poplatku za delší studium, je možné vymezit takto

- ve vztahu k poplatku za delší studium je žádoucí kterékoli studium v doktorském stupni bez ohledu na jeho délku či průběh

¹ *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.*

² Autorka si je vědoma, že lze dospět k řadě interpretací daného ustanovení. Má však za to, že pro další výklad postačí, pokud bude konkrétní interpretace prováděna ad hoc v průběhu dalšího popisu problematiky.

- žádoucí studium v určitém studijním programu (bakalářském nebo magisterském) trvá nejvýše o rok déle, než je standardní doba studia v tomto studijním programu
- žádoucí studium je po započetí úspěšně dokončeno.

Sankce v podobě poplatku za delší studium má tedy zjednodušeně odradit od studia (v bakalářském nebo magisterském stupni), které je neúměrně dlouhé (trvá o rok déle než je jeho standardní doba studia) nebo neúspěšně ukončené, resp. při započtení neúspěšně ukončených studií trvá o více než rok déle, než je jeho standardní doba studia.

Studium lze obecně vymezit jako několikaletý cílený proces získávání znalostí, vědomostí a dovedností, které jsou v jeho průběhu systematicky ověřovány, vedoucí k získání odpovídající profesní či zájmové kvalifikace. Studium v právním smyslu začíná dnem zápisu a končí buď dnem, v němž byla vykonána poslední část závěrečné zkoušky (tj. úspěšným ukončením)³, nebo dnem, v němž nastala rozhodná skutečnost (typicky doručení písemného prohlášení o zanechání studia), popř. jiným pozdějším dnem⁴.

K naplnění skutkové podstaty **poplatku za delší studium** dochází v případě, že student bakalářského či magisterského stupně studia studuje ve studijním programu déle, než je standardní doba tohoto studia zvětšená o jeden rok. K této době se však zároveň přičítá doba všech předchozích neúspěšně ukončených studií v bakalářském či magisterském stupni. Z toho plyne, že jednou započaté studium již nelze bez budoucích nepříznivých následků ukončit jinak, než řádně (úspěšně za splnění všech požadavků daných studijním plánem).

2.2 SANKČNÍ CHARAKTER

Jak bylo již uvedeno, poplatek za delší studium má **sankční charakter, jeho funkce je regulační**, nikoli úhradová. Toto tvrzení lze podpořit například poukázáním na skutečnost, že poplatek je ze zákona vybírán za započatých šest měsíců studia, nikoli za dobu reálně odstudovanou. Úhradovou funkci nemá poplatek ani vůči vysoké škole, neboť rozpočtové určení finančních prostředků ve prospěch stipendijního fondu⁵ zabráňuje použití získaných peněz na úhradu nákladů na vzdělávací činnost.

Základním předpokladem pro omezení určitého chování prostřednictvím regulace provedené právní normou je povědomí adresáta o existenci této normy. Stěží lze očekávat, že se adresát v reálném čase bude řídit normou,

³ § 55 odst. 1 zákona o vysokých školách.

⁴ Srov. § 56 zákona o vysokých školách.

⁵ § 58 odst. 7 zákona o vysokých školách.

kteřou nezná, a to proto, že norma ještě neexistuje. Ukáže-li se v budoucnu, v době existence (účinnosti) právní normy, že dřívější jednání subjektu odpovídalo stavu, jehož má norma dosáhnout, nelze než konstatovat, že se tak stalo zcela náhodně, nikoli zásluhou působení normy.

V právní vědě panuje obecná shoda o tom, že *mají-li adresáti právních norem tyto normy dodržovat ... pak musejí mít možnost je poznat*⁶. Toto pravidlo je důležité jak pro samotné fungování práva, tak pro právní jistotu jednotlivce. Zejména pak jde-li o sankci. Neboť má-li být subjekt práva sankcionován za své chování, musí mít v době, kdy chování uskutečňuje, možnost poznat jeho sankcionovatelnost a v rámci samoregulace od jednání pod hrozbou sankce upustit.

Nelze proto připustit možnost, že by k sankcionování subjektu došlo „dodatečně“ za chování, které v době, kdy bylo činěno, sankcionováno nebylo, kdy subjekt konal s vědomím, že chování, jehož se dopouští, sankcionováno není⁷.

2.3 VÁHA SANKCE

Sankce je obecně chápána jako újma, kterou je v důsledku porušení své právní povinnosti povinen strpět ten, kdo povinnost porušil.⁸ Cílem takto koncipované sankce je od určitého chování odradit, čili v ideálním případě jej eliminovat. Sankce může být ovšem i **povahy regulatorní**, a to pokud je jejím cílem četnost určitého nežádoucího chování pouze snížit. Důvodem pro cílenou regulaci a nikoli eliminaci určitého chování je společenský zájem na jeho zachování, byť v omezené míře.

Vysokoškolské vzdělání a studium vysoké školy obecně je za aktuálního ekonomického a intelektuálního stavu vyspělé společnosti považováno za statek celospolečensky přínosný. V České republice se to projevuje zejména ústavním právem na bezplatné vysokoškolské vzdělání zakotveným v čl. 33 odst. 2 usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "Listina základních práv a svobod" či též jen "Listina").

⁶ KNAPP, V. Teorie práva. Praha : C. H. Beck, 1995, s. 164.

⁷ K důvěře v to, že chování, které není sankcionováno v reálném čase, nebude sankcionováno ani v budoucnu, lze uvést např. z nálezu Ústavního soudu ze dne 8. 6. 1995, sp. zn. IV. ÚS 215/94: „*Ke znakům právního státu neoddělitelně patří princip právní jistoty a ochrany důvěry občanů v právo. Tento postup zahrnuje zákaz retroaktivity právních norem, resp. jejich retroaktivního výkladu. Jestliže tedy někdo jedná v důvěře v nějaký zákon, nemá být v této své důvěře zklamán.*“

⁸ KNAPP, V. Teorie práva. Praha : C. H. Beck, 1995, s. 152.

Ústavní právo na bezplatné vysokoškolské vzdělání je podmíněné, nemůže být přiznáno všeobecně. Každý má právo na něj dosáhnout, pokud splní podmínky dané vlastními schopnostmi a možnostmi společnosti. Zatímco schopnosti jednotlivce vypovídají o jeho intelektuální či jiné osobní připravenosti studovat na vysoké škole, možnosti společnosti vyjadřují limitovaným zájem na všeobecném vysokoškolském studiu, a to zejména s ohledem na její finanční možnosti.

Právě proto, že je vysokoškolské vzdělání na školách zřizovaných státem⁹ poskytováno bezplatně, vyjadřuje stát zájem jeho nežádoucí způsob čerpání, jak byl popsán v kapitole 2.1, na veřejných vysokých školách omezovat (regulovat). Nemá ovšem zájem na tom vysokoškolské vzdělání zcela eliminovat. Proto nežádoucí studijní chování nezakazuje a nestanovuje ani sankci v podobě poplatku za delší studium *a priori* ve výši, jejíž zaplacení je objektivně schopen málokdo.¹⁰

Konkrétně stanovuje jeho minimální výši¹¹ za započatých šest měsíců, která je dána 7,5 % z průměrné částky připadající na jednoho studenta z celkových neinvestičních výdajů poskytnutých ročně Ministerstvem školství, mládeže a tělovýchovy (dále jen "Ministerstvo školství") ze státního rozpočtu veřejným vysokým školám¹². Na samosprávném rozhodnutí každé jednotlivé veřejné vysoké školy je pak stanovení konkrétní výše¹³; a tím *de facto* i posouzení společenského významu onoho výše popsaného nežádoucího studijního chování¹⁴.

⁹ Stát zřizuje a financuje státní a veřejné vysoké školy. Zatímco státní vysoké školy slouží k zabezpečování strategických zájmů státu, veřejné vysoké školy jsou zřizovány za účelem možnosti realizace ústavního práva na bezplatné vysokoškolské vzdělání. Vzhledem k této odlišnosti má stát zájem na regulaci bezplatného studia pouze na veřejných vysokých školách.

¹⁰ Nadto zákon vysoké škole za určitých procesních podmínek (srov. § 58. odst. 8 zákona o vysokých školách) umožňuje, aby v případě, že je sankční dopad poplatku za delší studium na konkrétního jedince příliš tvrdý, přistoupil rektor vysoké školy k jeho moderaci.

¹¹ Jak vyplývá z aktu Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy, č. j. 197/2010-33, jímž Ministerstvo vyhláší základ pro stanovení poplatků spojených se studiem podle § 58 odst. 2 zákona o vysokých školách, v roce 2010/2011 činí takto vypočtená minimální výše poplatku za delší studium 2.952 Kč.

¹² Srov. § 58 odst. 3 zákona o vysokých školách ve spojení s § 58 odst. 2 zákona o vysokých školách.

¹³ Dle § 58 odst. 6 zákona o vysokých školách *výši, formu placení a splatnost poplatků určí statut veřejné vysoké školy*.

¹⁴ Jen pro úplnost lze dodat, že zákon o vysokých školách upravuje vedle poplatku za delší studium také **poplatek za studium další** (v § 58 odst. 4), jehož výši omezuje maximální částkou 5 % z průměrné částky připadající na jednoho studenta z celkových neinvestičních výdajů poskytnutých ročně Ministerstvem školství, mládeže a tělovýchovy ze státního rozpočtu veřejným vysokým školám za započatý rok. Z tohoto vymezení rozsahu výše sankce lze usoudit zájem na regulaci příslušného nežádoucího studijního chování.

Částka připadající na jednoho studenta z celkových neinvestičních výdajů poskytnutých ročně Ministerstvem školství ze státního rozpočtu veřejným vysokým školám se v jednotlivých letech mění, Ministerstvo ji proto každoročně závazně vyjádří v tzv. základu¹⁵, a to ve výši, která odpovídá dané částce z 5%.

Základ Ministerstvo školství vyhlásí do konce ledna. Vysoká škola je potom povinna zveřejnit výši poplatku za delší studium pro příští akademický rok před termínem pro podávání přihlášek ke studiu. Ze způsobu, jakým je stanovení výše regulováno, plyne, že **zákonodárce předpokládá, že výše poplatku se bude v čase měnit.**

3. RETROAKTIVITA BUDOUCÍ

Jak bylo uvedeno v kapitole 2.1, studium, které má být za určitých podmínek poplatkem za delší studium regulováno, je v obecné rovině procesem trvajícím několik let.

Dosahuje-li výše poplatku vyjadřující sankci pro konzumenta studia výše přiměřené, kterou je schopný a ochotný zaplatit, v případě vyměření poplatku tak učiní a ve studiu pokračuje za cenu uvedené sankce. Přesahuje-li výše poplatku úroveň pro plátce přijatelnou, tedy stává-li se subjektivně či objektivně neúnosnou, je logickým krokem se jí vyhnout.

Problém, který zde nastává, je ten, že efektivně se vyhnout sankci v podobě poplatku za delší studium, ať již prvotním nesakncionovatelným chováním¹⁶ či pozdějším nestudováním ve studiu, v němž sankce hrozí, lze jen před neúspěšným ukončením předchozího studia, resp. před zahájením studia jiného. A to vzhledem k tomu, že **upuštění od** aktuálního či nevyhnutelně budoucího **nežádoucího studijního chování**, tedy od studia v oné delší době, již **není možné "bezrestně"**. Ona "trestnost" je dána pravidlem, podle něhož se doba neúspěšně ukončeného studia přičte ke studiu započatému v budoucnu, v němž společně tvoří dobu rozhodnout pro nastoupení sankce v podobě poplatku za delší studium.

Z toho lze uvažovat o tom, že by regulační účinek sankce nacházející svůj odraz ve výši poplatku měl být s ohledem na právní jistotu realizován v době před neúspěšným ukončením studia, resp. před započatím studia jiného.

Je zřejmé, že s ohledem na migraci studentů mezi různými vysokými školami a též nemožností vysokých škol presumovat veškeré rozmanitosti studijního chování příjemců jimi poskytovaného vzdělání, nelze fixovat výši

¹⁵ § 58 odst. 2 zákona o vysokých školách.

¹⁶ Tj. výhradně úspěšným ukončením započatého studia.

poplatku na rok, v němž se student poprvé zapíše na vysokou školu, či nějakou jinou skutečnost vztahující se k osobě konkrétního studenta. Proto nelze mít za to, že by měl student znát váhu sankce, která mu hrozí v kterémkoli budoucím studiu ve chvíli, kdy může ovlivnit neúspěšné ukončení studia, v němž se právě nachází, případně, do něhož se v blízké době chystá zapsat.

To by, kromě náročné proveditelnosti, nemělo ani hlubší opodstatnění strany právní jistoty, neboť pokud by takový požadavek vycházel z racionálních úvah, pak by nebylo možno, než mít za to, že též kupující auta má právo před koupí vědět, jakou bude po celý zbytek jeho užívání platit silniční daň apod.

Právní vztahy a jejich atributy dané zákonem se v čase mění, aniž by to bylo možno považovat za nežádoucí. Právo neustále musí reagovat na změny ve společenské poptávce a politické situaci, proto nelze mít za to, že by zakotvení v určitém právním vztahu, a to zejména veřejnoprávním, mělo zůstat do konce jeho trvání beze změn. Přípustná je i nově zakotvená sankcionovatelnost jednání, která v minulosti právně upravena nebyla.

Právo by však mělo s ohledem na to, co bylo uvedeno v kapitole 2.2, zajistit, **aby nebylo sankcionováno jednání, kterého se v okamžiku nastoupení sankce již nelze zdržet**, ne bez hrozby další sankce. Je-li totiž účinek sankce založen na tom, že od jí regulovaného jednání lze na základě hrozby negativního postihu upustit, musí mít subjekt reálnou možnost od takového jednání upustit, a to aniž by samo upuštění zakládalo hrozbu další sankce.

Ustanovení, podle něhož se k době studia posuzované pro účely vyměření poplatku za delší studium přičítají též doby předchozích neúspěšně ukončených studií, bylo do zákona o vysokých školách zavedeno až novelou č. 147/2001 Sb., s účinností k 1. 7. 2001. Nejvyšší správní soud při posuzování zákonnosti přičítání doby neúspěšně ukončeného studia odstudované před účinností této novely v rozsudku ze dne 25. 4. 2007, sp. zn. 9 As 8/2007, nepřímou vyjádřil nepřipustnost takového počínání, a to mimo jiné s odkazem na již v úvodu citovaný nálezn Ústavního soudu ze dne 13. 6. 2002, sp. zn. III. ÚS 611/01.

V rozsudku je výslovně uveden požadavek, podle něhož "každý musí mít možnost vědět, které jednání je zakázané, aby mohl být za porušení zákazu volán k odpovědnosti". Jak bylo uvedeno v kapitole 2.3, jednání podléhající sankci ovšem nemusí být jen úplně zakázané, ale též regulované. Bylo by proto též možno tvrdit, že *každý musí mít možnost vědět, jaké jednání je regulované, aby mohl být volán k odpovědnosti*. A je-li v zájmu společnosti určité jednání jen regulovat, nikoli přímo eliminovat, pak by měl subjekt vědět také to, k jaké konkrétní odpovědnosti bude volán.

Jak bylo uvedeno v předchozí kapitole, zákon o vysokých školách ukládá veřejné vysoké škole vyhlásit výši poplatku za delší studium pro následující akademický rok před lhůtou k podávání přihlášek ke studiu pro daný akademický rok. Tento požadavek je nanejvýš oprávněný, neboť v souladu s dříve uvedeným umožňuje subjektu v budoucnu povolanému k odpovědnosti seznámení s výší sankce, která mu hrozí, ještě předtím, než započne nežádoucí jednání, či proces, který k nežádoucímu jednání nevyhnutelně povede (studium).

Tento požadavek však zabezpečuje právní jistotu toliko pro uchazeče o studium, a to právě ohledně nejbližšího akademického roku. Nijak nezohledňuje požadavek na jejich právní jistotu při očekávání výše poplatku v dalších letech, stejně jako nezohledňuje požadavek na právní jistotu při očekávání výše poplatku subjektů, jejichž studium již bylo započato, a to v kterémkoli budoucím akademickém roce. Zákon přitom evidentně předpokládá, že výše poplatku se bude v čase proměňovat.

Legálně tedy vzniká situace, v níž se subjekt na několik let dopředu rozhoduje o svém budoucím chování, aniž by věděl, jakou konkrétní sankcí bude dané chování v budoucnu postihováno (ví to o nejbližším roce, nikoli o letech následujících), a zároveň, aniž by ve chvíli, kdy se potřebnou informaci o změně výše sankce dozví, mohl od svého chování bez následků upustit. Tak se v budoucnu dostane do situace, kdy jeho chování v daném okamžiku bude hodnoceno sankcí aktuální, vzhledem k nemožnosti od chování započatého v minulosti beztrestně upustit ovšem bude sankce svou povahou retroaktivní. Tento případ považuje autorka za případ **retroaktivity budoucí**.

3.1 PREVENCE

Z uvedeného je zřejmé, že právem aprobovaná či dokonce předpokládaná retroaktivita budoucí je jevem principiálně nežádoucím. Vysoké školy, které v daném případě svým jednáním retroaktivní působení naplňují, by měly zohlednit princip důvěry v právo a vyhnout se změnám, které jej v podstatné míře narušují.

Dle autorky toho lze dosáhnout zásadně dvojím způsobem.

Prvním z nich je postupná a jen nepatrná změna výše poplatku v čase, a to taková, kdy mezi rozpětím let, které lze očekávat mezi přijetím ke studiu a úspěšným ukončením studia, dochází jen k takovému zvýšení poplatku, které lze považovat za očekávatelné a finanční sféru jedince zatěžující úměrně k zatížení, s nímž byl srovnán v době podání přihlášky ke studiu, resp. v době zápisu ke studiu.

Druhým a dle autorky příhodnějším způsobem, ať již pro studenta či vysokou školu samotnou, je zafixování výše poplatku pro určitého studenta na výši, v níž byl stanoven v akademickém roce, pro nějž byl přijat, a to až do doby,

než dané studium ukončí. Student by tak již v době rozhodování o svém budoucím studiu měl právní jistotu ohledně toho, jakou sankci bude za své nežádoucí jednání po celý jeho budoucí průběh platit, a vysoká škola by tak zároveň měla možnost bez rozporu s jakýmkoli principy v čase i podstatným způsobem měnit výši poplatku spojeného se studiem¹⁷ v závislosti na vlastních i vnějších společenských potřebách.

4. ZÁVĚR

V příspěvku bylo popsáno, jakým způsobem funguje sankce v podobě poplatku za delší studium. Zásadním pro zpracovanou problematiku retroaktivity ve vztahu k danému poplatku je časový rozsah objektu poplatku, sankcionovatelnost upuštění od jednání, které je objektem poplatku, a dále předpokládaná změna výše poplatku v čase.

Pro předmět poplatku - studium - platí, že jde o několikaletý cílený proces získávání znalostí, vědomostí a dovedností, které jsou v jeho průběhu systematicky ověřovány, vedoucí k získání odpovídající profesní či zájmové kvalifikace. Studium v právním smyslu začíná dnem zápisu a končí buď úspěšně, splněním všech požadavků vyplývajících ze zákona o vysokých školách, studijního programu, oboru a studijního plánu, nebo neúspěšně, kterýmkoli jiným způsobem.

Z toho je zřejmé, že úspěšné ukončení studia je možné jen za splnění celé řady podmínek, které zpravidla není možné v čase kratším, než je standardní doba určitého studia. Neplánované ukončení studia jakožto upuštění od jednání sankcionovaného v neúměrné výši je tedy zásadně možné jen způsobem neúspěšného ukončení.

Samotné neúspěšné ukončení studia je ovšem zásadně předmětem sankce (jak bylo uvedeno v kapitole 2.1, sankcionovatelné je studium "neúměrně dlouhé"¹⁸, ale vzhledem ke své započitatelnosti též studium neúspěšně ukončené), proto v případě, že je k němu pod hrozbou sankce přistoupeno, samotný subjekt před sankcí ve skutečnosti nechrání.

Nebyl by to problém, kdyby měl subjekt možnost poznat budoucí sankcionovatelnost svého studia ještě před jeho započítáním. Poznání o sankcionovatelnosti přitom nelze omezovat pouze na vědomí, že určité jednání bude předmětem sankce, ale v případě sankce regulatorní (sankce,

¹⁷ K významným změnám mezi jednotlivými akademickými roky došlo např. na Lékařské fakultě Masarykovy univerzity (v roce 2009/2010 byl poplatek stanoven ve výši 12.000Kč, zatímco v roce 2010/2011 ve výši 19.800Kč) či Fakultě sociálních studií Masarykovy univerzity (v roce 2010/2011 byl poplatek stanoven ve výši 14.400Kč, zatímco v roce 2011/2012 ve výši 24.000Kč).

¹⁸ Trvající déle, než standardní dobu studia v určitém studijním programu zvětšenou o jeden rok.

jejímž předmětem není úplná eliminace určitého jednání, ale jen snížení četnosti jeho výskytu) též na vědomí, jak vysoké sankce.

Subjekt možnost včasného poznání výše sankce v případě poplatku za delší studium zpravidla nemá, neboť zákon nejen, že změnu výše sankce v čase nezakazuje, on jí dokonce předpokládá. Tak je zřejmé, že podstatný atribut sankce se bude měnit v čase, a to až potom, co od sankcionovatelného jednání nebude možno nesankcionovatelně upustit. Tím bude v určitém okamžiku naplněna změna právních vztahů vzniklých vzhledem k tomuto okamžiku v minulosti, ovšem bez možnosti je v minulosti ukončit, a tím se vyhnout tak jako tak nastoupené sankci. Vzhledem k přítomnosti lze tento jev označit za retroaktivitu budoucí.

Autorka se domnívá, že takto konstruovaná retroaktivita vzniklá v budoucnu je stejně nežádoucí jako retroaktivita pojmenovaná v přítomnosti. Ač jí zákon předpokládá, aplikující vykonavatel veřejné správy, který působení zpětné účinnosti teprve naplní, by měl při svém uvážení o normativní úpravě příslušných vztahů uvažovat i principy právního státu, mezi něž zákaz zpětné účinnosti nepochybně patří, a přistoupit k úpravě způsobílé negativní dopady této budoucí retroaktivity vyloučit. Např. některým ze způsobů popsaných v kapitole 3.1.

Zdroje:

- usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách)
- akt Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy, č. j. 197/2010-33, jímž Ministerstvo vyhlašuje základ pro stanovení poplatků spojených se studiem podle § 58 odst. 2 zákona o vysokých školách
- nález Ústavního soudu ze dne 8. 6. 1995, sp. zn. IV. ÚS 215/94
- nález Ústavního soudu ze dne 13. 6. 2002, sp. zn. III. ÚS 611/01
- rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 4. 2007, sp. zn. 9 As 8/2007
- KNAPP, V. Teorie práva. Praha : C. H. Beck, 1995. 247 s.

- Masarykova univerzita : Studium : Poplatky spojené se studiem [online].
Cit. 2011-05-25. Dostupné z <http://www.muni.cz/study/attributes/tuition_fees_info>.

Contact – email
veronikakudrova@gmail.com

ZÁKAZ RETROAKTIVITY AKO KĹÚČOVÝ PRINCÍP SPRÁVNEHO TREŠTANIA¹

MICHAL MASLEN

Law Faculty, University of Trnava (department of administrative law,
environmental law and financial law), Slovakia

Abstract in original language

Autor príspevku sa zameriava na aplikáciu princípu zákazu retroaktivity pri správnom trestaní. Zohľadňuje judikatúru a doktrínu štrasburských orgánov ochrany práva. Spracováva však zároveň aj postoj správneho súdnictva k uvedenej problematike.

Key words in original language

Retroaktivita, princípy, sankcie, skutok, Rada Európy, súdy, Dohovor, odporúčanie, právny štát.

Abstract

The author of the review focuses on the application of non-retroactivity principle. He also takes into consideration the case law and doctrine of the Strasbourg bodies to the protection of the rights. However he manages to analyze also the attitude of the administrative justice to that issue.

Key words

Retroactivity, principles, sanctions, act, The Council of Europe, courts, The Convention, Recommendation, rule of law.

¹ Tento referát bol vyhotovený v rámci projektu VEGA č. 1/0319/10 "Správne súdnictvo"

Právny systém je formou regulácie spoločenských vzťahov. V oblasti verejného práva upravujú právne normy vzťahy medzi vykonávateľmi verejnej moci a jej adresátmi. Uvedené vzťahy sú vybudované na princípe subordinácie. Vykonávateľ pôsobí vo verejno-mocenskej, nadriadenej pozícii, z ktorej realizuje pravidlá správania a autoritatívne rozhoduje o právnom postavení adresáta, t.j. podriadeného subjektu. Uvedené subjekty nemôžu byť v rámci realizácie verejnoprávnych vzťahov v rovnom postavení, a to najmä preto, že vykonávateľ pri realizácii právnych noriem presadzuje verejný záujem.

Verejný záujem ako právne neurčitý pojem nadobúda konkrétny obsah až v konkrétnom právnom vzťahu. Vzhľadom na jeho neurčitosť stanovuje právna úprava vykonávateľom limity rozsahu a spôsobu konania. Uvedené subjekty totiž svojimi úkonmi zasahujú do sféry subjektívnych práv jednotlivca. Z predmetného dôvodu musia posudzovať svoje úkony z hľadiska požiadaviek právnej úpravy vyjadrených najmä v ústavne zakotvených princípoch. Princípy ako základné architektonické prvky verejnej správy (ale aj sústavy fungovania verejnej moci) kladú dôraz predovšetkým na materiálnu stránku zásahu do sféry práv jednotlivca.¹ Materiálna stránka právneho vzťahu vyjadruje obsah práv a povinností medzi vykonávateľom verejnej moci a jej adresátom. Vzhľadom nato, že právo ako systém regulácie spoločenských vzťahov je spôsobilé na tieto vzťahy pôsobiť najmä smerom do budúcnosti, musí vykonávateľ v rámci realizácie právnych noriem dodržať princípy časovej uplatniteľnosti právnych noriem, teda skúmať otázky retroaktivity.

Druhy retroaktivity

K základným princípom, vymedzujúcim kategóriu právneho štátu, patrí princíp ochrany dôvery občanov v právo a s tým súvisiaci princíp zákazu spätnej účinnosti právnych noriem. Veľmi cennou hodnotou právnej regulácie je práve jej stabilita a predvídateľnosť právnych následkov našich konaní. Avšak „keby zakaždým, keď sa pri obstarávaní svojich záležitostí spolieha na existujúce právo, mal byť človek zabezpečený proti akejkolvek zmene právnych pravidiel, celý náš právny poriadok by navždy skostnatel.“²

¹Zatiaľ čo konkrétne právne pravidlá sa aplikujú metódou všetko alebo nič, pri princípoch sa súčasné použitie nevylučuje. Rozpor princípov je možný a pri jeho riešení sa prihliada k relatívnej závažnosti každého z nich (napr. princíp ochrany verejného záujmu vs. princíp právne istoty adresáta rozhodnutí verejnej správy). (Skulová, S. Právni princípy dobrej správy? Princípy dobrej správy, Sborník příspěvků přednesených na pracovní konferenci, Kancelář veřejného ochrance práv, Masarykova univerzita, Brno: 2006, s. 61)

²Fuller, L.L.: Morálka a právo, Praha, Oikoymenh, 1998, s. 60

Právna teória rozlišuje retroaktivitu pravú a nepravú. Nepravá retroaktivita znamená, že platnosť právnych skutočností, vznik právnych vzťahov a ich právne následky, ku ktorým došlo pred účinnosťou nového zákona, sa posúdi podľa práva predchádzajúceho. Pokiaľ však trvá pôvodne vzniknutý právny vzťah aj naďalej, posúdi sa odo dňa účinnosti nového zákona podľa tohto nového zákona i právne následky dotyčného právneho vzťahu, vzniknuté po účinnosti nového zákona. Pravá retroaktivita potom "zahŕňa v podstate dve odlišné situácie", a to po prvé "stav, že nová úprava stanovila vznik (nových právnych) vzťahov pred svojou účinnosťou za podmienok, ktoré až dodatočne zakotvila", a po druhé "novela môže meniť právne vzťahy vzniknuté podľa starej právnej úpravy, a to ešte pred účinnosťou nového zákona".³ Nepravá retroaktivita môže byť definovaná tiež ako aplikácia právneho predpisu na následky vyplývajúce zo situácii vzniknutých po dobu účinnosti predchádzajúcej právnej úpravy.⁴

V oblasti Rady Európy zakotvuje princíp zákazu retroaktivity čl. 7 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej ako „Dohovor“).⁵ Požiadavku zákazu spätnej pôsobnosti právnych noriem zakladá aj čl. 2 odporúčania Výboru ministrov Rady Európy č. (91) 1 o správnych sankciách (ďalej ako „Odporúčanie“).⁶ Ako vyplýva z obsahu uvedených dokumentov, štrasburské orgány ochrany práva sa zaoberajú aj otázkami posudzovania hmotnoprávnej a procesnoprávnej stránky retroaktivity, najmä jej prípustnosti v rámci administratívnoprávnych vzťahov z pohľadu Dohovoru.

³Tichý, L: K časové pôsobnosti novely občanského zákoníku, Právnik, č. 12, 1984, s. 1104

⁴Perlík, D.: Retroaktivita právnych predpisů v komunitárním právu, Linde Praha, 2006, s. 11

⁵Podľa čl. 7 ods. 1 Dohovoru nemožno nikoho odsúdiť za konanie alebo opomenutie, ktoré v čase, keď bolo spáchané, nebolo podľa vnútroštátneho alebo medzinárodného práva trestným činom. Takisto nesmie byť uložený trest prísnejší, než aký bolo možné uložiť v čase spáchania trestného činu.

Podľa odseku 2 nebráni tento článok súdeniu a potrestaniu osoby za konanie alebo opomenutie, ktoré v čase, keď bolo spáchané, bolo trestné podľa všeobecných právnych zásad uznávaných civilizovanými národmi.

⁶Odporúčanie v tejto súvislosti zakotvuje nasledovné pravidlá:

- a) zákaz ukladania správnej sankcie za čin, ktorý v čase, keď bol spáchaný, nebol v rozpore so zákonom,
- b) zákaz ukladania prísnejšej správnej sankcie za čin, ktorý v čase keď bol spáchaný, bolo možné uložiť miernejšiu sankciu (a to ani, ak by to predpisy platné v čase ukladania sankcie umožňovali),
- c) ak po spáchaní správneho deliktu nadobudnú účinnosť predpisy umožňujúce uložiť za správny delikt miernejšie sankcie, zodpovednosť za správny delikt sa bude posudzovať podľa právnej normy, ktorá je výhodnejšia pre zodpovednú osobu (Košíčiarová, S. Priestupky a odporúčanie Výboru ministrov č. R. (91) 1 o správnych sankciách. *Notitiae ex Academia Bratislavensi Iurisprudentiae* - 3/2009, Bratislava : Bratislavská Vysoká Škola Práva, s. 34).

Rovnakými aspektmi retroaktivity sa vo svojej rozhodovacej činnosti zaoberal už aj Európsky súdny dvor. Hmotnoprávne pravidlo možno len výnimočne uplatniť retroaktívne. Takéto retroaktívne uplatnenie je možné iba vtedy, pokiaľ zo znenia, účelu alebo systému tohto pravidla jasne vyplýva, že mu má byť takýto účinok priznaný. V prípade retroaktívneho uplatnenia hmotnoprávneho pravidla musia byť tiež dodržané zásady právnej istoty a ochrany legitímnej dôvery.⁷

Procesnoprávna retroaktivita je v zásade prípustná. Čl. 7 Dohovoru sa z hľadiska zákazu retroaktivity vzťahuje len na aplikáciu hmotnoprávnych noriem, nie aj procesnoprávnych.⁸ Aj podľa ustálenej judikatúry Európskeho súdneho dvora „sa procesné predpisy všeobecne vzťahujú na všetky spory prejednávané v čase nadobudnutia účinnosti týchto predpisov na rozdiel od hmotnoprávnych predpisov, ktoré sa spravidla vykladajú tak, že sa nevzťahujú na skutočnosti existujúce pred nadobudnutím ich účinnosti.“⁹

Princíp zákazu retroaktivity nachádza svoje ústavnoprávne vyjadrenie v čl. 1 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb. (ďalej ako „Ústava Slovenskej republiky“).¹⁰ Uvedené ustanovenie označuje Slovenskú republiku za právny štát. Zachovanie princípu zákazu retroaktivity vychádza z požiadaviek materiálneho právneho štátu. Predmetný princíp zaraďuje náuka k tzv. k „všeobecným“ princípom platným bez ohľadu na právne odvetvie, v rámci ktorého sa realizuje právny vzťah. V materiálnom právnom štáte je vylúčené, aby sa prostredníctvom úkonov vykonávateľa verejnej moci vytvárali podmienky obmedzujúce dostupnosť práva priznaného ústavou, zákonom alebo iným všeobecne záväzným právnym predpisom.¹¹ Vykonávateľ verejnej moci nemôže priznať právnej norme retroaktívny účinok, ak by aktom aplikácie práva vylúčil súkromnú osobu spod ochrany ústavou alebo medzinárodnou zmluvou garantovaného práva,

⁷K tomu pozri: Návrhy Generálnej advokátky Eleanor Sharpston, prednesené 25. Septembra 2008 vo veci Hauptzollamt Hamburg-Jonas proti Josef Vosding Schlacht-, Kühl- und Zerlegebetrieb GmbH & Co., Vion Trading GmbH a ZeFuFleischhandel GmbH, sp. zn. C-278/07, C-279/07 a C-280/07, návrh na začatie prejudiciálneho konania podaný na Bundesfinanzhof (Vrchný spolkový finančný súd) v Nemecku.

⁸Svák, J. Ochrana ľudských práv (z pohľadu judikatúry a doktríny štrasburských orgánov ochrany práva). II. rozšírené vydanie. Žilina : Eurokódex, s.r.o., 2006, s. 532

⁹K tomu pozri: Návrhy Generálnej advokátky Eleanor Sharpston, prednesené 25. Septembra 2008 vo veci Hauptzollamt Hamburg-Jonas proti Josef Vosding Schlacht-, Kühl- und Zerlegebetrieb GmbH & Co., Vion Trading GmbH a ZeFuFleischhandel GmbH, sp. zn. C-278/07, C-279/07 a C-280/07, návrh na začatie prejudiciálneho konania podaný na Bundesfinanzhof (Vrchný spolkový finančný súd) v Nemecku.

¹⁰Slovenská republika je zvrchovaný, demokratický a právny štát. Neviaže sa na nijakú ideológiu ani náboženstvo.

¹¹DRGONEC, J.: Súdna tvorba práva ako prostriedok uplatnenia zákona, zabezpečenia spravodlivosti a právnej istoty. Justičná revue, 60, 2008, č. 5, s. 711 – 727.

či slobody. Zákaz retroaktivity v oblasti trestného práva zakotvuje v čl. 50 ods. 6 Ústava SR¹²

Meradlo aplikácie princípu zákazu retroaktivity tak vyjadruje aj princíp legitímneho očakávania prostredníctvom požiadaviek na konzistentnosť praxe a rozhodovacej činnosti orgánov verejnej správy.¹³ Použitie retroaktivity môže teda kolidovať s doterajšou rozhodovacou praxou vykonávateľa verejnej moci. Autor referátu sa chce preto zamerať na dôsledky retroaktivity v rozhodovacej činnosti uvedených subjektov, a to pri správnom trestaní.

Rozhodnutie Achour c. Francúzsko

Dohovor zakazuje najmä rozšírenie pôsobnosti existujúcich trestných činov na skutky, ktoré predtým neboli trestnými činmi. Taktiež ustanovuje zásadu zákazu rozširovania podmienok trestnosti na úkor obvineného, napríklad formou analógie. Trestné činy a im zodpovedajúce sankcie musia byť jasne definované zákonom. Uvedená požiadavka je splnená, ak sa jednotlivец môže predovšetkým zo znenia príslušných ustanovení právneho predpisu a v prípade potreby za pomoci výkladu súdov, či jeho konanie a opomenutie bude napĺňať predpoklady na vznik trestnej zodpovednosti.¹⁴

Inštitútom pravej retroaktivity argumentoval sťažovateľ v prípade Achour c. Francúzsko.¹⁵ V danom prípade bol kľúčovým z pohľadu zákazu retroaktivity inštitút recidívy. Sťažovateľ bol právoplatne odsúdený za trestný čin obchodovania s narkotikami v roku 1984. Za uvedený čin vykonal trest odňatia slobody v rozsahu trvania 3 rokov. Z výkonu trestu sťažovateľa prepustili koncom roka 1986. Následne bol v priebehu roka 1995 usvedčený z ďalších drogových trestných činov. Rozhodnutiami zo 14. apríla 1997 a z 25. novembra 1997 bol trestným súdom v Lyone a odvolacím súdom odsúdený podľa čl. 225-37 francúzskeho trestného zákona s odvolaním sa na čl. 132-9 toho istého zákona, za recidívu.

¹² Trestnosť činu sa posudzuje a trest sa ukladá podľa zákona účinného v čase, keď bol čin spáchaný. Neskorší zákon sa použije, ak je to pre páchatel'a priaznivejšie.

¹³ K tomu pozri: Dienstbier, F. Zásada legitímneho očakávania v činnosti verejnej správy, Princípy dobrej správy, Sborník příspěvků přednesených na pracovní konferenci, Kancelář veřejného ochránce práv, Masarykova univerzita, Brno: 2006, s. 111 - 115

¹⁴ K tomu pozri: rozhodnutie Cantoni v. Francúzsko, zo dňa 15. novembra 1996, § 29 správy o rozsudkoch a rozhodnutiach v roku 1996.

¹⁵ Rozhodnutie z 29. marca 2006, č. sťažnosti 67335/01

Čl. 132-9 francúzskeho trestného zákona umožňoval súdu uložiť páchateľovi skutku trest v rozsahu dvojnásobnej výšky trestnej sadzby. Rozsah časovej limitácie recidívy rozšíril tento predpis na obdobie 10 rokov, oproti predchádzajúcim 5 rokom. Podmienkou na vznik recidívy bolo spáchanie skutku v lehote 10 rokov od ukončenia predchádzajúceho výkonu trestu alebo v lehote 10 rokov pred účinnosťou tejto úpravy (ten years from the expiry of the previous sentence or of the time allowed for its enforcement). Nové právne predpisy nadobudli účinnosť dňa 1. marca 1994 a boli teda použiteľné, keď sťažovateľ spáchal nové trestné činy v priebehu roka 1995.

V dôsledku predmetných skutočností bolo v danom prípade problémom, či princíp vymedzenia trestného činu a trestu zaň len na základe práva ostal zachovaný.¹⁶ Súd v predmetnom prípade zisťoval, či text zákonného pravidla podľa čl. 132-9 francúzskeho trestného zákona spĺňal vo svetle dotknutej judikatúry požiadavky prístupnosti a predvídateľnosti v čase. Zjednodušene povedané – mohol sťažovateľ po účinnosti novej právnej úpravy trestného zákona predpokladať uloženie prísnejšej sankcie?

Problémom z hľadiska princípu zákazu retroaktivity by bolo, ak by sťažovateľ spáchal ďalší trestný čin v období roka 1991 až 1. marca 1994, teda pre účinnosťou novej právnej úpravy a bol by považovaný za recidivistu podľa nového znenia čl. 132-9 francúzskeho trestného zákona. V takomto prípade by šlo o pravú retroaktivitu. Sťažovateľ neuplatňoval svoje ústavne zakotvené práva. Naopak konal protiprávne a bol s možnými následkami svojich činov oboznámený ešte pred spáchaním ďalšieho skutku. V uvedenom zmysle Európsky súd pre ľudské práva nekonštatoval porušenie čl. 7 Dohovoru. Francúzske orgány neaplikovali hmotnoprávne pravidlo retroaktívne. Z obsahu právnej úpravy vyplývali jasné a určité predpoklady vzniku zodpovednosti skôr, než sťažovateľ spáchal skutok, za ktorý bol odsúdený.

Rozhodnutie Taylor c. Spojené kráľovstvo

¹⁶Dohovor v čl. 7 ods. 1 používa formuláciu: „Nikoho nemožno odsúdiť za konanie alebo opomenutie, ktoré v čase, keď bolo spáchané, nebolo podľa vnútroštátneho alebo medzinárodného práva trestným činom. Takisto nesmie byť uložený trest prísnejší, než aký bolo možné uložiť v čase spáchania trestného činu.“ Štrasburské orgány ochrany práva interpretujú pojem vnútroštátne právo z hľadiska kvality a obsahu právnej úpravy dotknutého štátu. Neobmedzujú sa preto na rýdzo formálny prístup. Založenie trestnosti činu môže na základe uvedeného vyplývať nielen zo zákona, ale napríklad aj zo súdneho precedensu. (k tomu pozri: Svák, J. Ochrana ľudských práv (z pohľadu judikatúry a doktríny štrasburských orgánov ochrany práva). II. rozšírené vydanie. Žilina : Eurokódex, s.r.o., 2006, s. 523)

Rozhodnutie sa zaoberá otázkou vzťahu retroaktivity práva a trestnej zodpovednosti. Predmetnú otázku analyzuje rozhodnutie v nadväznosti na dĺžku konania, kvalifikáciu skutku a vek páchatel'a skutku.

Dňa 25. marca 1997 bol sťažovateľ spolu s mladistvým C. zatknutý pre podozrenie z účasti na činoch zodpovedajúcich krádeži prsteňa a ublíženia na zdraví jedenásťročnému chlapcovi. Následkom tohto konania mala obeť upadnúť do bezvedomia a zotrvať v zdravotníckom zariadení v dĺžke troch dní. Obeť sa zotavovala z hematómov na tvári hlave a iných častiach svojho tela. V čase spáchania skutku mal sťažovateľ 14 rokov a 24 dní. Po prepustení na kauciu bol sťažovateľ dňa 3. apríla 1997 formálne obvinený z trestného činu lúpeže podľa § 8 ods. 1 zákona o krádežiach z roku 1968.

V následných častiach sa rozhodnutie zaoberá otázkami právomoci súdu pre mladistvých a súdu Koruny, a to v závislosti od zmeny veku sťažovateľa v priebehu trestného konania. Nadobudnutím 15. roku veku sťažovateľa konštatoval súd pre mladistvých nedostatok kompetencie vec prejednať. Preto ju postúpil súdu Koruny.¹⁷ Po vykonanom dokazovaní súd Koruny odsúdil sťažovateľa na trest 18 mesiacov detencie v nápravnovýchovnom zariadení pre mladistvých. Proti rozhodnutiu súdu Koruny sa sťažovateľ odvolal a tvrdil nezákonnosť rozhodnutia. Argumentoval dosiahnutím veku 15 rokov v priebehu konania. Dosiahnutie veku ako právna skutočnosť nezakladala súdu možnosť uložiť sťažovateľovi inú sankciu, ako mu bolo možné uložiť v čase spáchania skutku. Odvolanie sťažovateľa súd zamietol.

Sťažovateľ sa obrátil na Európsky súd pre ľudské práva s tvrdením porušenia čl. 7 Dohovoru. Chybou súdu a orgánov činných v trestnom konaní nebol súdený ako štrnásťročný. Uvedené malo význam z hľadiska sankcie, ktorá mu mala byť uložená. Štrnásťročnému páchatel'ovi mohlo byť uložené opatrenie ochranného dohľadu. Porušením čl. 7 Dohovoru zakladal sťažovateľ dôvodnosť svojho podania, meritom ktorého bola náhrada škody v zmysle čl. 5 ods. 5 Dohovoru.¹⁸

Súd dospel k záveru, že sťažovateľ, v čase spáchania skutku vo veku 14 rokov, bol pôvodne obvinený z činu lúpeže. Bol usvedčený z tohto činu a mohol byť zverený právomoci súdu Koruny pred dosiahnutím 15. roku veku.¹⁹ Z uvedeného dôvodu sa preto podľa názoru Súdu nemohol

¹⁷Sťažovateľ nadobudol 15 rokov veku dňa 1. marca 1998. 13. marca 1998 nadobudol súd pre mladistvých presvedčenie o nedostatku právomoci na prejednanie veci a uloženie sankcie. Uvedenú vec preto v zmysle § 37 zákona o konsolidácii otázok jurisdikcie, praxe a postupu pred súdmi nižších inštancií postúpil súdu Koruny.

¹⁸Každý, kto bol obeťou zatknutia alebo zadržania v rozpore s ustanoveniami tohto článku, má nárok na odškodnenie.

¹⁹Tu sa Súd odvolal na § 53 zákona o deťoch a mladistvých z roku 1933.

sťažovateľ odvolať na čl. 7 Dohovoru. Nemohol preto tvrdiť, že nemohol predpokladať prísnejšiu sankciu, a to s odvolaním na závažnosť obvinenia, ktoré mu bolo vznesené v počiatku konania a jasnosť formulácie pravidiel podľa zákona o deťoch a mladistvých z roku 1933.

Obvinenie z lúpeže britské orgány neskôr prekvalifikovali na krádež. Súd považoval za nesporný fakt neprípustnosti uloženia trestu detencie, ak by bol sťažovateľ odsúdený pred dovŕšením 15. roku veku. Avšak ustanovenia dotknutých právnych predpisov jasne precizovali riešenie procesnej situácie, ak sa „nedospelý“ obvinený počas priebehu konania presunie z jednej vekovej kategórie do inej. Sťažovateľ sám prispel k dĺžke trvania konania. Bol britskými orgánmi riadne poučený a aktívne uplatňoval záruky ochrany práva na spravodlivý proces. Súd sa preto nestotožnil s tvrdeniami sťažovateľa a jeho sťažnosti nevyhovel.

Podľa názoru autora bolo zachovanie princípu zákazu retroaktivity v danom prípade viazané na zachovanie ostatných čiastkových záruk. Ak by britské orgány sami vlastným pričinením neodôvodnene sťažovali postup konania a uložili páchatelovi prísnejší trest, ako mu bolo možné uložiť v čase spáchania skutku, šlo by o rozpor s princípom zákazu retroaktivity. V predmetnom prípade však orgány verejnej moci uplatnili procesné pravidlo. Sťažovateľ, resp. jeho zástupcovia mali možnosť poznať obsah právnej úpravy už v počiatku konania. Postup zvolený britskými orgánmi zároveň zachoval ustálený prístup k princípom konania vyjadrený najmä v rozhodovacej činnosti súdov.

Rozhodnutie O'Carroll c. Spojené kráľovstvo

Predmetom rozhodnutia v uvedenej veci bol výklad čl. 7 Dohovoru. Sťažovateľ spáchal tri skutky spočívajúce v dovoze fotografií dokumentujúce nahé telá maloletých osôb. Za uvedené konanie ho dňa 17. júla 2002 súd Koruny v Southwarku odsúdil za vedomé vyhýbanie sa zákazu dovozu materiálov podľa § 170 ods. 2 zákona o colnom a daňovom konaní z roku 1979. Colným vyhlásením sťažovateľ deklaroval, že nedováža zakázaný materiál. Sťažovateľ bol dňa 9. augusta 2002 odsúdený na trest odňatia slobody v trvaní 9 mesiacov. 11. októbra 2002 vyhovel samosudca jeho žiadosti odvolať s odôvodnením rozsahu uloženého trestu. Samotné odvolanie sudca zamietol s odkazom na čl. 7 Dohovoru, v zmysle ktorého bol čin dostatočne a presne formulovaný. Odvolaniu sťažovateľa vyhovel Odvolací súd (The Court of Appeal) dňa 26. novembra 2002. Neuložil sťažovateľovi žiadny alternatívny trest, avšak sťažovateľ ostal zaviazaný povinnosťou registrovať sa ako odsúdený z trestného činu.

Po neúspechu na vnútroštátnej úrovni sa sťažovateľ obrátil na Európsky súd pre ľudské práva. Tvrdil nezákonnosť rozhodnutia o odsúdení spočívajúcu v neurčitosti znenia zákonného ustanovenia. Namietal rámcovú formuláciu § 170 ods. 2 zákona o colnom a daňovom konaní z roku 1979. Znenie zákona o colnom a daňovom konaní podľa sťažovateľa neurčovalo konkrétne skutok, za ktorý bol odsúdený. Aplikáciou uvedeného súd Koruny priznal podľa sťažovateľa § 170 ods. 2 zákona o colnom a daňovom konaní retroaktívny účinok. Odsúdeniu sťažovateľa mal preto absentovať relevantný právny základ, t.j. hmotnoprávny predpoklad vzniku zodpovednosti.

Európsky súd pre ľudské práva sa s uvedenou argumentáciou nestotožnil. Primárnym účelom čl. 7 Dohovoru je zabrániť retroaktívite trestnej úpravy a trestania. Čl. 7 Dohovoru naráža na rovnaký koncept, ako Dohovor na iných miestach používajúc termín „právo“ alebo „rozhodovacia činnosť“. Zdôrazňuje predovšetkým prístupnosť práva a jeho predvídateľnosť.²⁰ Súd zdôraznil, že § 170 ods. 2 dotknutého zákona nadobudol účinnosť v roku 1970. Z uvedeného dôvodu bolo znenie ustanovenia prístupné a predvídateľné. Otázka retroaktívneho účinku pri aplikácii predmetného ustanovenia neprichádzala preto do úvahy. Otázku neurčitosti ustanovenia postavil Súd do kontrastu s rýdzo rigidným prístupom k úprave trestnej zodpovednosti. Vyjadril postoj, že uvedenú oblasť právnej úpravy nemôžu súdy interpretovať bez ohľadu na spoločenský vývoj.

Autor referátu však potrebuje poukázať na skutočnosť, že nie je „najšťastnejším“ riešením upravovať otázky vzniku zodpovednosti za protiprávny čin formou úvahy súdu. Štrasburské orgány ochrany práva posudzujú dodržanie záruk ochrany práva na spravodlivý proces v závislosti od jednotlivosti prejednávaneho prípadu. Uvedený postup bol podľa názoru autora v súlade s princípom zákazu retroaktivity aj z dôvodu odlišnej konštrukcie britského právneho systému, ktorý zdôrazňuje význam súdnej tvorby práva.

Pohľad správneho súdnictva na princíp zákazu retroaktivity

Zákazom retroaktivity pri správnom trestaní sa zaoberal aj Najvyšší súd Slovenskej republiky (ďalej ako „Najvyšší súd“) v konaní č. 5Sž/20/2010. Najvyšší súd je v konaní podľa článku 46 ods. 2 Ústavy SR pri preskúavaní zákonnosti rozhodnutí orgánov verejnej správy

²⁰K tomu pozri: rozhodnutie O'Carroll c. Spojené kráľovstvo

zodpovedný za to, že preskúma zákonnosť uloženej sankcie na základe princípov materiálneho právneho štátu.²¹

V uvedenom prípade Najvyšší súd posudzoval zákonnosť postupu Rady pre vysielanie a retransmisiu (ďalej ako „Rada“). Vo svojom rozhodnutí Najvyšší súd odkazuje na dve rozhodnutia Rady. Prvým vo veci č. RP/3/2010 z 12. januára 2009 za porušenie zákona uložila Rada navrhovateľovi pokutu vo výške 3.320 eur a 670 eur. Rozhodnutie bolo rozsudkom Najvyššieho súdu, č. k. 3SŽ/6/2010-27 zo dňa 13. mája 2010 zrušené podľa § 250l ods. 2 zákona č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej ako „OSP“)²² v spojení s § 250j ods. 2 písm. e) OSP²³ a vec bola vrátená Rade na ďalšie konanie z dôvodu aplikácie nesprávneho právneho predpisu, keď na zistený skutkový stav odporkyňa mala aplikovať zákon č. 308/2000 Z. z. v znení účinnom v čase, kedy sa posudzovaný skutok stal, t. j. ku dňu 26.09.2009.

Rada vo veci znovu rozhodla rozhodnutím č. RP/44/2010 zo dňa 14. septembra 2010 a súc viazaná právnym názorom najvyššieho súdu (§ 250r OSP²⁴), na predmetné konanie použila zákon č. 308/2000 Z. z. účinný v čase odvysielania predmetného programu, t. j. dňa 26. septembra 2009, ktorým navrhovateľovi opätovne uložila pokutu vo výške 3.320 eur, za porušenie povinnosti ustanovenej v § 20 ods. 3 zákona č. 308/2000 Z. z.²⁵ a pokutu vo výške 670 eur za porušenie povinnosti ustanovenej v § 20 ods. 4 zákona č. 308/2000 Z. z.²⁶. Navrhovateľ v podanom opravnom prostriedku

²¹ Pozri: Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, sp. zn. 5SŽ/20/2010, zo dňa

²² Pokiaľ v tejto hlave nie je ustanovené inak, použije sa primerane ustanovenie druhej hlavy s výnimkou § 250a (Žalobca musí byť zastúpený advokátom, pokiaľ nemá právnické vzdelanie buď sám, alebo jeho zamestnanec (člen), ktorý zaňho na súde koná; to neplatí vo veciach, v ktorých je daná vecná príslušnosť okresného súdu, alebo ak ide o preskúmanie rozhodnutia a postupu vo veciach zdravotného poistenia, sociálneho zabezpečenia vrátane nemocenského poistenia, dôchodkového zabezpečenia, štátnych sociálnych dávok, sociálnej pomoci a poistenia v nezamestnanosti, aktívnej politiky trhu práce a garančného fondu, poskytovania zdravotnej starostlivosti, vo veciach priestupkov a vo veciach azylu a doplnkovej ochrany.).

²³ Súd zruší napadnuté rozhodnutie správneho orgánu a podľa okolností aj rozhodnutie správneho orgánu prvého stupňa a vráti vec žalovanému správneho orgánu na ďalšie konanie, ak po preskúmaní rozhodnutia a postupu správneho orgánu v medziach žaloby dospel k záveru, že v konaní správneho orgánu bola zistená taká vada, ktorá mohla mať vplyv na zákonnosť napadnutého rozhodnutia.

²⁴ Ak súd zruší rozhodnutie správneho orgánu, je správny orgán pri novom prejednaní viazaný právnym názorom súdu.

²⁵ Programy alebo iné zložky programovej služby, ktoré by mohli ohroziť fyzický, psychický alebo morálny vývin maloletých alebo narušiť ich duševné zdravie a emocionálny stav, sa nesmú vysielat' v čase od 6.00 h do 22.00 h.

²⁶ Na základe klasifikácie programov podľa vekovej vhodnosti sú vysielateľ televíznej programovej služby a poskytovateľ audiovizuálnej mediálnej služby na požiadanie povinní

namietal, že na napadnuté rozhodnutie Rada použila zákon, ktorý bol v čase rozhodnutia neúčinným.

K opravnému prostriedku navrhovateľa zaujal Najvyšší súd nasledovné stanovisko. V prvom rade odvodil svoju právomoc od § 250i ods. 2 OSP.²⁷ Citované ustanovenie je podľa súdu faktickou transpozíciou požiadavky „plnej jurisdikcie“ ako atribútu práva na spravodlivý proces. Rada uložila navrhovateľovi sankciu podľa § 67 ods. 3 písm. c) zákona č. 208/2000 Z.z. Toto ustanovenie v spojení s § 20 ods. 4 zákona č. 208/2000 Z.z. vytvára skutkovú podstatu správneho deliktu, na základe ktorého je možné uložiť vysielateľovi televíznej programovej služby v rozmedzí od 663,- Eur do 66.387,- Eur. Zákonodarca však zákonom č. 498/2009 Z.z. účinným ku dňu 15.12.2009 novelizoval § 67 ods. 3 písm. c) zákona č. 308/2000 Z.z. a do ustanovenia vložil povinnosť podľa § 20 ods. 4 zákona č. 308/2008 Z. z. , t.j. povinnosť zaviesť a uplatňovať na ochranu maloletých pri vysielaní jednotný systém označovania ustanovený podľa osobitného predpisu (ďalej len "jednotný systém označovania"). Rada pritom uložila navrhovateľovi pokutu podľa zákona účinného ku dňu 13. mája 2010 za skutok spáchaný 26. septembra 2009. Správny orgán preto uložil navrhovateľovi sankciu za nesplnenie povinnosti, ktorú mu zákonná úprava v čase spáchania skutku neukladala.

Poukazujúc na záruky obsiahnuté v čl. 6 a 7 Dohovoru a zásady Odporúčania Výboru ministrov Rady Európy č. (91) 1, konštatoval Najvyšší súd, že konanie Rady nemalo oporu v zákone. Rada priznala retroaktívny účinok hmotnoprávnemu pravidlu, ktoré v čase spáchania skutku neexistovalo. Svoje rozhodnutie založil Najvyšší súd na princípe materiálneho právneho štátu vyjadreného v čl. 1 ods. 1 Ústavy SR. Keďže povaha správneho trestania sa približuje povahe trestnoprávneho postihu odôvodnil zároveň Najvyšší súd svoj právny názor čl. 50 ods. 6 Ústavy SR²⁸, ktorý možno primerane aplikovať na správne trestanie. Uvedené rozhodnutie reaguje aj na iné vady konania. Z pohľadu záujmu referátu sa však jeho autor zameral predovšetkým na požiadavky princípu zákazu retroaktivity.

na ochranu maloletých zaviesť a uplatňovať jednotný systém označovania ustanovený podľa osobitného predpisu^{28a} (ďalej len "jednotný systém označovania").

²⁷ Ak správny orgán podľa osobitného zákona rozhodol o spore alebo o inej právnej veci vyplývajúcej z občianskoprávných, pracovných, rodinných a obchodných vzťahov (§ 7 ods. 1) alebo rozhodol o uložení sankcie, súd pri preskúmvaní tohto rozhodnutia nie je viazaný skutkovým stavom zisteným správnym orgánom. Súd môže vychádzať zo skutkových zistení správneho orgánu, opätovne vykonať dôkazy už vykonané správnym orgánom alebo vykonať dokazovanie podľa tretej časti druhej hlavy.

²⁸ Trestnosť činu sa posudzuje a trest sa ukladá podľa zákona účinného v čase, keď bol čin spáchaný. Neskorší zákon sa použije, ak je to pre páchatel'a priaznivejšie.

Záver

Non-retroaktivita je esenciálnym dôsledkom princípu zákonnosti. Dáva nám odpoveď na otázku zodpovednosti a postihu subjektu.²⁹ Prístup Rady Európy a Európskej únie je jednoznačný, t.j. odmietavý k hmotnoprávnej retroaktivite. Naopak procesná retroaktivita je v zásade prípustná a nevylučuje ju ani Dohovor.

V krajinách common-law zastáva rovnaký prístup k princípu zákazu retroaktivity moc zákonodarná. Odlišná je však pozícia justície ako právotvorcu. Spôsobilosť „vykonštruovať“ trestný čin alebo správny delikt³⁰ zo sebou vždy nesie náznak retroaktivity.³¹ Dohovor umožňuje založiť zodpovednosť za protiprávny čin vyplývajúci zo súdneho precedensu. Na druhej strane uvedený prístup je v stredoeurópskych podmienkach nerealizovateľný. Úlohou súdov je predovšetkým podrobne skúmať časový účinok právnej normy.

Súdna judikatúra a právna náuka implikuje princíp zákazu retroaktivity z princípu materiálneho právneho štátu. V prípade ak vykonávateľ verejnej moci (a špeciálne súd) zistí retroaktívny účinok aplikovanej právnej normy je podľa názoru autora referátu v prvom rade viazaný ústavne zakotvenými pravidlami materiálneho právneho štátu. To znamená, že by mal tento účinok odmietnuť, pretože jeho rozhodnutie by nemalo oporu v Ústave.

Literature:

- Hall, J. General Principles of Criminal Law, 2. ed.. New Jersey : The Law Book Exchange Ltd., 2005, 642 p. ISBN 1-58477-498-3
- Haveman, R. – Kavran, O. – Nicols, J. Supranational Criminal Law: A System Siu Generis. Antwerp – Oxford – New York : Intersentia, 2003, 370p., ISBN 90-5095-314-X
- Skulová, S. Právní principy dobré správy? Principy dobré správy, Sborník příspěvků přednesených na pracovní konferenci, Kancelář veřejného

²⁹ K tomu bližšie pozri: Hall, J. General Principles of Criminal Law, 2. ed.. New Jersey : The Law Book Exchange Ltd., 2005, s. 64

³⁰ Pozri aj prípad O'Carroll c. Spojené kráľovstvo

³¹ K tomu bližšie pozri: Haveman, R. – Kavran, O. – Nicols, J. Supranational Criminal Law: A System Siu Generis. Antwerp – Oxford – New York : Intersentia, 2003 s. 44

ochrance prav, Masarykova univerzita, Brno: 2006, 265 p., ISBN 80-201-4001-7

- Fuller, L.: Morálka a právo, Praha, Oikoymenth, 1998, 229 p., ISBN 80-86005-65-8

- Tichý, L.: K časové působnosti novely občanského zákoníku, Právník, č. 12, 1984, p. 1104

- Perlík, D.: Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu, Linde Praha, 2006, s. 11

- Svák, J. Ochrana ľudských práv (z pohľadu judikatury a doktríny štrasburských orgánov ochrany práva). II. rozšírené vydanie. Žilina : Eurokódex, s.r.o., 2006, p. 1116, ISBN 80-88931-51-7

- DRGONEC, J.: Súdna tvorba práva ako prostriedok uplatnenia zákona, zabezpečenia spravodlivosti a právnej istoty. Justičná revue, 60, 2008, č. 5, p. 711 – 727.

- Dienstbier, F. Zásada legitimního očekávání v činnosti veřejné správy, Principy dobré správy, Sborník příspěvků přednesených na pracovní konferenci, Kancelář veřejného ochrance prav, Masarykova univerzita, Brno: 2006, 265 p., ISBN 80-201-4001-7

Contact – email

michalmaslen@yahoo.com

RETORAKTIVITA VE ZDAŇOVÁNÍ STAVEBNÍHO SPOŘENÍ

KRISTÝNA MÜLLEROVÁ

Masaryk university, Faculty of law, Czech republic

Abstract in original language

Moje práce se zabývá retroaktivitou ve vztahu ke zdanění stavebního spoření. Ke zdanění stavebního spoření došlo v České republice na základě zákona č. 348/2010 Sb. Tento zákon vyvolal mnoho rozporuplných reakcí. Momentálně je podaná stížnost k Ústavnímu soudu, odpůrci namítají protiústavnost zpětného zdanění stavebního spoření. Legislativní rada vlády se ale vyjádřila, že jde o nepravou retroaktivitu a ta je v České republice možná. Ve svém článku se pokouším problém přiblížit a nastínit řešení.

Key words in original language

Daň, zdanění, stavební spoření, retroaktivita.

Abstract

My work deals with retroactivity, in relation to the taxation of building savings. The taxation is regulated by Act No. 348/2010 Sb. Actually a complaint has been sent to the Constitutional Court, opponents of this taxation argue that the re-taxation of the building savings is unconstitutional. The Government Legislative Council expressed the opinion that it is a false retroactive and the false retroactivity is allowed. I try to approach this problem in my article and outline its solution.

Key words

Tax, taxation, building savings, retroactive.

1. RETROAKTIVITA OBECNĚ

Na začátku svého článku bych chtěla položit otázku co je to vlastně retroaktivita a proč je zakázaná. Retroaktivita je ve všech odborných textech považována za jev v právním státě nevhodný, protože odporuje zásadě právní jistoty adresátů, jichž se právní normy dotýkají.

Bývá zde popisována jako výjimka z obecného časového působení právní normy. Jakákoli právní norma je totiž schopna plnit správně svou společenskou funkci pouze v případě, že je platná a účinná v době, kdy se určitý druh chování odehrává. Jedině v tomto případě je adresát schopen se rozhodnout a vybrat si chování, které ví, že je buďto právem dovolené, nebo zakázané. Například o retroaktivitě v trestním právu hmotného uvádí striktně Listina základních práv a svobod ve svém čl. 40 odst. 6, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se smí použít jen v případě, že je to pro

pachatele příznivější. V případě soukromého práva by ale striktní lpění na zákazu retroaktivity mohlo vést k zabránění flexibilního vývoje práva, a k bránění jeho progresivity a humánnosti. Proto je nezbytné v nutných případech retroaktivitu umožnit.¹

Nelze tedy postihovat člověka za chování, které v době, kdy se uskutečnilo, za trestné, či nevhodné považováno nebylo. Takto vzniklá nejistota by pak způsobovala mnoho obtíží a vytvářela pocit strachu z postižení za jednání, které ještě nedávno nikomu nevadilo. Ale na druhou stranu, nelze v zájmu zachování právní jistoty zbrzdit právo, aby se nemohlo přizpůsobovat dynamice vztahů a bránit tak jeho přirozenému vývoji.

V zásadě rozlišujeme dva druhy retroaktivity, pravou a nepravou. Nepravá retroaktivita znamená, že vznikne-li určitý právní vztah, který se od svého počátku řídí určitou právní úpravou, pak, je-li tato úprava novelizována či zcela změněna, řídí se od okamžiku nabití účinnosti nové právní úpravy obsah právního vztah touto novou úpravou. Jedná se tedy o právní vztah, který podle jedné právní úpravy vznikl, ale práva a povinnosti subjektů se v průběhu jeho existence začínou řídit novými, pozměněnými pravidly.² Jde tedy o změnu do budoucnosti, minulosti se v podstatě nedotýká. Tento typ retroaktivity se tedy za zpětné působení nepovažuje a je obecně přípustný.

Pravou retroaktivitou se oproti tomu rozumí uplatňování nových pravidel do minulosti tak, že právní vztah vzniklý před účinností novely musí být od okamžiku nabití její účinnosti upraven podle této nové úpravy a to i zpětně. Tedy již od svého počátku, který sahá do doby před účinností nové právní úpravy, musí být s touto úpravou v souladu. To v praxi znamená postihování minulého chování, které v době, kdy bylo vykonáváno, bylo s právem v souladu. Což je zcela logicky nežádoucí a odporuje to jak zásadám právního státu všeobecně tak i konkrétně zásadě právní jistoty.

2. ZMĚNY VE STAVEBNÍM SPOŘENÍ

Ke zdanění stavebního spoření došlo na základě zákona č. 348/2010 Sb. Tento zákon měl přinést do stavebního spoření 3 změny. První z nich je stanovení 50% srážkové daně na státní podporu za rok 2010. Tato podpora má být poskytnuta účastníkům spoření až v roce 2011. Další změnou je snížení maximální výše státního příspěvku od roku 2011, a to na maximálně 2000 Kč ročně. Poslední změnou je zdanění úroků ze stavebního spoření daní ve výši 15%.

¹ HARVÁNEK, J. Retroaktivita. In HARVÁNEK, J. a kol. Teorie práva. Plzeň : Aleš Čeněk, 2008. s. 214-215.

² ČAPEK, J. Právní normy. In Boguszak, J. ČAPEK, J. GERLOCH, A. Teorie práva. Praha : ASPI Publishing, s.r.o., 2003. s. 86.

Tyto navrhované změny přivedly 45 poslanců ČSSD k tomu, aby podali ústavní stížnost. Mimo retroaktivity této srážkové daně bylo namítáno i zneužití institutu legislativní nouze.

Já v tomto článku vyjadřuji převážně své názory, neboť jsem jeho psaní započala před rozhodnutím Ústavního soudu, který zákon č. 348/2010 Sb. zrušil. Nicméně jsem během psaní zjistila, že mám naštěstí na danou problematiku stejný názor jako náš Ústavní soud a proto si ho dovoluji v některých pasážích citovat.

2.1 DAŇ Z ÚROKU

Odpůrci změn stavebního spoření mají mnoho argumentů proti. Jedním z frekventovaných je, že některé smlouvy o stavebním spoření byly uzavřeny za zvláštních podmínek, kdy klient za to, že se zřekne možnosti na úvěr a naspoří si cílovou částku sám, dostane od stavební spořitelny po naspoření této částky bonusový úrok. V době, kdy byly tyto smlouvy uzavírány, samozřejmě nikdo se zdaněním úroků nepočítal, proto se tato skupina účastníků stavebního spoření proti novele ohrazuje a namítá porušení zásady legitimního očekávání. Podle jejich slov legitimně očekávali, že při vložení určité finanční částky naspoří jistý předem určený obnos, v případě zavedení daně ale budou muset pro dosažení stejné částky investovat více svých peněz.

Nebudu mluvit o tom, zda je toto připravované zavedení zdanění spravedlivé, či ne. To je ostatně věcí názoru. Jistá věc ale je, že je to možné a legální. Jedná se zde o výše popsanou nepravou retroaktivitu, kdy se změnou zákona mění obsah závazku, jenž vznikl ještě před touto novelou. Jedná se o stejný případ, jako by zaměstnanec namítal porušení zásady legitimního očekávání v případě, že se během doby, kdy pracuje pro jednoho zaměstnavatele zvýší daně a on nebude vydělávat tolik, kolik mu vycházelo v době, kdy pracovní smlouvu uzavíral.

2.2 SNÍŽENÍ VÝŠE STÁTNÍ PODPORY

Proti snížení výše státního příspěvku pro smlouvy, jež už byly uzavřeny v minulosti brojí všichni účastníci stavebního spoření. Z hlediska zákona a ústavnosti musím ale říci, že na něm nic závadného neshledávám. Je to opět změna obsahu vztahu do budoucna, tedy nepravá retroaktivita a tak by jí nemělo stát nic v cestě. Navíc výše příspěvku není účastníkům nikde smluvně garantována.

Kromě mnou řečeného ale Ústavní soud krásně možnost snížení státního příspěvku zdůvodnil dalšími argumenty. Tím se ale budu zabývat níže.

2.3 SRÁŽKOVÁ DAŇ VE VÝŠI 50%

Jediným opravdovým problémem, který by mohl překročit hranici toho, co ještě je v demokratickém právním státě přípustné, je 50% srážková daň. Tato daň se dotýká naspořených peněz zpětně za rok 2010 díky tomu, že je podpora poskytována za tyto našetřené obnosy až na počátku nového roku, tedy po 1.1.2011.

Poslanci ve stížnosti přímo uvedli, že zvláštní 50% sazba daně vykazuje znaky pravé retroaktivity a odporuje legitimnímu očekávání účastníků stavebního spoření. Toto očekávání se má opírat o dosavadní praxi, kdy zákonodárce respektoval majetkové nároky v závislosti na době uzavření smlouvy o stavebním spoření. Prostředky, jež byly zákonodárcem zvoleny k prosazení veřejného zájmu snížení deficitu státního rozpočtu, byly podle poslanců ČSSD nepřiměřené. Zákonodárce nerespektoval požadavek na rovnováhu mezi tímto zájmem a omezením práv jednotlivce.³

2.4 LEGISLATIVNÍ NOUZE

Mezi námitkami zaslanými Ústavnímu osudu uvedli poslanci ČSSD, že se zde jistě jedná o zneužití institutu legislativní nouze. A to z toho důvodu, že pro vyhlášení legislativní nouze nebyl dán ani jeden ze stanovených důvodů. Varují tedy před jeho využíváním jako nástroje ke krácení práv sněmovní menšiny.

Při posuzování, zda je možné vyhlásit legislativní nouzi, je třeba postupovat podle testu proporcionality, tedy z hlediska potřebnosti, přiměřenosti a vhodnosti zásahu. Podle Ústavního soudu nebyl naplněn ani jeden z těchto požadavků.⁴

3. ZASTÁNCI ZÁKONA

Tvůrce zákona Miroslav Kalousek však věřil v oprávněnost této novely, což uvedl i v důvodové zprávě. Důvodem předložení návrhu tohoto zákona bylo prý to, že v dnešní době již nevede stavební spoření plně k financování bytových potřeb a současně zatěžuje státní rozpočet. Retroaktivita novely, které si byli tvůrci vědomi, byla posouzena jako nepravá a tedy přípustná. Jediný problém, jenž byl v zákoně shledán, je porušení legitimního očekávání účastníků spoření. Porušení tohoto základního principu ale podle

³ Nález Ústavního soudu ze dne 19. 4. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 53/10.

⁴ Nález Ústavního soudu ze dne 19. 4. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 53/10.

důvodové zprávy vyvažuje fakt, že na jeho úkor bude upřednostněn oprávněný zájem státu na ozdravení veřejných financí.⁵

4. ROZHODNUTÍ ÚSTAVNÍHO SOUDU

Ústavní soud byl požádán, aby rozhodl o stížnosti přednostně a tak byly dohady dvou protichůdných táborů poměrně rychle rozřešeny. Ústavním soudem byla 50% srážková daň stanovena jako nepřipustný druh retroaktivity a potvrdil i zneužití institutu legislativní nouze při procesu schvalování tohoto zákona.

4.1 SNÍŽENÍ VÝŠE STÁTNÍ PODPORY

Ke snížení výše státní podpory v následujících letech Ústavní soud uvedl, že se zde nejedná o smluvní závazek státu k poskytování podpor, i když je vznikem smlouvy podmíněn.

Nárok na státní příspěvek je stanoven zákonem a podle Ústavního soudu se vždy vztahuje a počítá podle příslušného kalendářního roku. Všechny nároky na státní příspěvek je tedy nutno posuzovat zvlášť za každý rok a proto není možné očekávat, že zůstanou stejné celou dobu běhu stavebního spoření. Lze je tedy do budoucna změnit, je to již výše zmíněná nepravá retroaktivita.⁶

4.2 DAŇ Z ÚROKU

Ke zdanění úroku se Ústavní soud vyjádřil ve stejném smyslu, jak jsem již ve své práci uvedla výše. S jeho názorem zcela souhlasím. Daň z úroku je v tomto případě projevem nepravé retroaktivity a proto je z právního hlediska možná a přípustná.

Jak jsem již uvedla, z důvodu flexibility práva je nezbytné aby se umělo přizpůsobovat aktuálnímu vývoji a k tomu dle mého názoru patří i přizpůsobení se aktuální ekonomické situaci státu, či tomu, že stavební spoření již zdaleka neslouží účelu, kvůli němuž bylo zavedeno.

4.3 SRÁŽKOVÁ DAŇ

Z hlediska 50% srážkové daně Ústavní soud vyjádřil, že je v tomto případě nezbytné zabránit, aby byla daň extrémně disproporciální a došlo tak k zásadní změně majetkových poměrů dotčeného. Tedy aby nedošlo ke zmaření podstaty samotného majetku. Dále musí být daně stanovovány v

⁵ KALOUSEK, M. NEČAS, P. Důvodová zpráva [online]. Poslední úpravy 28. 4. 2011 [citováno 28. listopadu 2011]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=157&CT1=0>

⁶ Nález Ústavního soudu ze dne 19. 4. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 53/10.

souladu s principy právní jistoty a určitosti. Nárok na podporu účastníkům vznikl tím, že splnily podmínky za rok 2010, k němuž se podpora vztahuje. Protože jak již Ústavní soud uvedl, podporu lze vztahovat výlučně vždy jen k tomu roku, za který náleží. Tato 50% srážková daň tedy odporuje právní jistotě.⁷

Napadený zákon nabyl účinnosti v době, kdy už dotčení účastníci měli individualizovaný právní nárok na státní podporu za rok 2010 neboť, aby požadovanou podporu dostali, v průběhu tohoto roku splnili všechny podmínky, které jim ten daný rok zákon stanovoval. Pokud by o změně podmínek věděli, mohli by se tomu přizpůsobit. To se ale nestalo a zákonodárce se pokusil je touto srážkovou daní o jejich legitimně očekávaný nárok připravit.

Není zde důležité, že ještě nedošlo k poukázání této částky ze strany státu, nárok již vznikl splněním podmínek v roce 2010. Ochrana tohoto nároku je nutná z důvodu ochrany principu právní jistoty a ochrany důvěry v právo, resp. ochrany nabytých práv v souladu s Ústavou. Připuštění zásahu do této důvěry lze akceptovat jen zcela výjimečně - např. ve smyslu v jakém to připouští Ústava v případě trestního práva. Žádné výjimečné okolnosti Ústavní soud ale v tomto případě neshledal.

4.4 LEGISLATIVNÍ NOUZE

Z hlediska využití legislativní nouze se Ústavní osud vyjádřil tak, že není možné tento institut používat libovolně. Narušuje totiž možnost poslanců seznámit se s obsahem předloženého návrhu. Ústavní soud zdůraznil nutnost otevřenosti, veřejnosti a kontroly zákonodárného procesu, což schvalování zákona v režimu legislativní nouze neumožňuje.

Ústavní soud dal také navrhovatelům za pravdu v tom, že nebyly splněny zákonné předpoklady pro vyhlášení stavu legislativní nouze. Muselo by se jednat o zcela výjimečné okolnosti vymykající se běžnému stavu věcí, což zvětšení schodku státního rozpočtu České republiky není.

5. CO LZE OČEKÁVAT V BUDOUČNU

Státní podpora za rok 2010, jež byla účastníkům stavebního spoření sražena, jim bude doplacena dodatečně pravděpodobně do konce prvního pololetí roku 2011. Jinak lze ale do budoucna očekávat ve stavebním spoření velké změny.

To, co obsahoval zrušený zákon nám jen nastiňuje, jakým způsobem se stavební spoření bude dále ubírat. Kromě zdanění úroků a snížení státní podpory se do budoucna asi dočkáme i omezení účelu stavebního spoření

⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 19. 4. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 53/10.

a zpřísnění vydávání úvěrů. Dle mého názoru nechají tyto tendence stavební spoření pomalu zaniknout a lidé budou nuceni naučit se využívat jiné produkty, jež jim trh nabízí.

Literature:

- Harvánek, J. a kol. Teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. 501 s. ISBN 978-80-7380-104-5
- Boguszak, J. Čapek, J. Gerloch, A. Teorie práva. Praha: ASPI Publishing, s.r.o., 2003. 324 s. ISBN 80-86395-74-X
- KALOUSEK, M. NEČAS, P. Důvodová zpráva [online]. Poslední úpravy 28. 4. 2011 [citováno 28. listopadu 2011]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=157&CT1=0>
- Nález Ústavního soudu ze dne 19. 4. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 53/10

Contact – email

170019@mail.muni.cz

RETROAKTIVITA PRÁVNÍCH PŘEDPISŮ V ZEMÍCH COMMON LAW

VÍTĚZSLAV NĚMČÁK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá retroaktivitou v zemích common law a dotýká se zejména problematiky retroaktivity právních předpisů. Srovnává, jak je nahlíženo na problém retroaktivity a ukazuje, co je myšleno „retroaktivitou“ a co „retrospektivou“. Následně analyzuje domněnku neretroaktivity a shrnuje výjimky, které by mohly ospravedlnit retroaktivní dopad legislativy alespoň v některých případech.

Key words in original language

retroaktivita, retrospektiva, právní předpis, common law, ústavní právo

Abstract

This contribution deals with the retroactivity in common law countries and concerns specifically the issue of the statutory retroactivity. It compares the perception of the problem of retroactivity and it shows what is understood by “retroactivity” and “retrospectivity”. Then, it analyzes presumption against retroactivity and summarizes situations which may justify the retroactive effect of legislation at least in some circumstances.

Key words

retroactivity, retrospectivity, legislation, common law, constitutional law

1. Charakteristika zemí common law

Pojem common law je možné chápat v mnoha významech. Jak napovídá název příspěvku, slouží tento termín jako označení právní kultury, která je charakteristická zejména pro anglosaské země jako je Velká Británie, kolébka common law, Spojené státy americké, Austrálie, ale rovněž Jihoafrická republika, Cejlón a další. Výrazným rysem právní kultury common law je význam judikatury. Základním pravidlem je tzv. stare decisis, tedy závaznost rozhodnutí soudu vyššího stupně pro soudy nižšího stupně nejen pro konkrétní případ, ale i pro futuro ve všech případech, jež se dříve rozhodnutému případu podobají. Soudy jsou pak nuceni tento precedens respektovat a odchýlit se mohou jen do té míry, do jaké jsou fakta jimi rozhodovaného případu odlišná od precedentu. S tím, jak přicházejí další a další kauzy týkající se podobného problému dochází k postupnému vývoji, zpřesňování či modifikaci pravidla chování.

Pojem common law je však nutné chápat i v jeho druhém významu; jako soubor pravidel chování, která byla definována soudy. Tato soudcovská pravidla se označují jako „obecné právo“ (common law) odlišitelná od pravidel legislativních. Vztah legislativy a common law si lze představit jako velké moře pravidel common law, ve kterých plavou jednotlivé normy stanovené zákonodárnou mocí. Common law je obecné právní pravidlo, legislativa pak tvoří jakési lex specialis. Samozřejmě v dnešní době tato „výjimka“ zabírá čím dál větší prostor ve společenské regulaci, ale tam, kde ještě legislativa nezasáhla, může vždy nastoupit pravidlo nalezené soudy - pravidlo common law.

I přes velkou míru podobností právních systémů v zemích common law je třeba mít na paměti, že existují i zásadní rozdíly. Například ve Velké Británii bychom velmi těžko hledali psanou rigidní ústavu, kdežto Spojené státy jsou naopak kolébkou moderního konstitucionalismu reprezentovaného psanou ústavou, jež stojí nad obvyčejnou legislativou.

Právě z důvodu dvou významných pramenů práva v zemích common law se i problematika retroaktivity štěpí na dvě subkategorie. První je diskuze o retroaktivitě judiciální, tedy zpětné účinnosti rozhodnutí soudu, kdy soud vyřkne pravidlo chování (mnohdy precedenčního charakteru) až poté, co nastaly skutečnosti, které daly sporu vzniknout. Druhá subkategorie se zabývá zpětnou účinností právních předpisů, jež vznikly na základě činnosti legislativní moci. V tomto příspěvku se budu zabývat pouze retroaktivitou legislativní, protože legislativa je pro země kontinentálního typu dominantním pramenem práva, a tudíž i zpětná účinnost právních předpisů je významnějším fenoménem než retroaktivita judiciální.

2. Vymezení problému retroaktivity právních předpisů

Dalo by se nalézt mnoho příkladů, kdy jsou naprosto základní právní koncepty postaveny v zemích common law na zcela odlišných základech než v zemích s kontinentálním typem právního systému. Například soukromoprávní smlouvy se „na kontinentě“ uzavírají na základě nabídky a její akceptace. Pokud se tyto setkají a jinak neodporují zákonu, vznikne smlouva. V zemích common law toto nestačí. Mimo existenci nabídky a akceptace musí být naplněna i podmínka protiplnění (consideration). Není-li na jedné straně smlouvy povinnost poskytnout plnění, nejedná se o smlouvu. „Kontinentální“ darovací smlouva tedy nemůže být smlouvou v pravém slova smyslu v zemi common law, protože na jedné straně smlouvy není poskytnuto protiplnění. Je tedy otázkou, zda se v zemích common law liší i nazírání na problematiku retroaktivity nebo je problém zpětné účinnosti právního předpisu vymezen naprosto totožně.

Jako východisko pro zodpovězení této otázky můžeme použít definici retroaktivity, kterou najdeme v rozhodnutí kanadského Nejvyššího soudu Benner proti Kanadě z roku 1997¹:

„Retroaktivní je zákon, který působí v čase, jež předchází jeho přijetí. Retrospektivní je zákon, který působí pouze do budoucnosti. Je prospektivní, ale vytvoří nové důsledky ve vztahu k minulým událostem (...). Retroaktivní zákon mění právo oproti tomu, jaké bylo, retrospektivní ho mění oproti tomu, jaké by jinak bylo ve vztahu k dřívější události (zvýrazněno autorem).“

Ještě názornější je dělení retroaktivity J. Paula Salembiera, kanadského autora. Prospektivní je podle něj zákon, který upravuje do budoucna budoucí události. Retrospektivní je zákon, který upravuje do budoucna minulé události. Retroaktivní je zákon, který upravuje do minulosti minulé události².

Můžeme zde vidět podle mého názoru obdobné vymezení problému retroaktivity, jako používá například český Ústavní soud (sp. zn. Pl. ÚS 53/10 ze dne 19. dubna 2011):

„O pravou retroaktivitu se jedná v případě, že právní norma působí vznik právních vztahů před její účinností za podmínek, které teprve dodatečně stanovila, nebo pokud dochází ke změně právních vztahů vzniklých podle staré právní úpravy, a to ještě před účinností nového zákona (srov. Tichý, L. K časové působnosti novely občanského zákoníku. Právník, č. 12, 1984, s. 1104, Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zřetelem k § 5 obč. zák., Brno, 1928, s. 70, Tilsch, E. Občanské právo. Obecná část. Praha, 1925, s. 75). V případě nepravé retroaktivity sice nový zákon nezakládá právní následky pro minulost, v minulosti nastalé skutečnosti však právně kvalifikuje jako podmínku budoucího právního následku nebo pro budoucnost modifikuje právní následky založené podle dřívějších předpisů (srov. Procházka, A. Retroaktivita zákonů. in Slovník veřejného práva. Sv. III, Brno, 1934, s. 800, Tilsch, E. Občanské právo. Obecná část. Praha, 1925, s. 78)“ (zvýrazněno autorem).

V anglosaských zemích lze narazit i na jinou terminologii. Například soudce Nejvyššího soudu USA, Antonin G. Scalia, hovoří o sekundární retroaktivitě. Sekundární retroaktivita podle něj znamená, že pravidlo s

1 Benner v. Canada (Secretary of State), [1997] 1 S.C.R. 358, § 39, kde soud cituje Driedger, E. A. Statutes: Retroactive Retrospective Reflections (1978), 56 Can. Bar Rev., ss. 268-69.

2 Citován v Juratowitch, B. Retroactivity and the Common Law, Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 6.

vylučně budoucí účinností ovlivní minulé transakce³. V tomto smyslu by pak primární retroaktivita byla ekvivalentem pravé retroaktivity. Jiní autoři rozlišují retroaktivitu na silnou (strong) a slabou (weak)⁴.

I podrobný rozbor přístupu k retroaktivitě právních předpisů ukazuje, že vymezení problému je v zemích common law stejné jako v zemích s kontinentální právní kulturou. Nadále se budu zabývat pouze pravou retroaktivitou, kterou budu v souladu s anglosaskou terminologií označovat pouze jako retroaktivita.

3. Ústavní základ zákazu retroaktivity

Jestliže vymezení toho, co je retroaktivita, je v právním systému common law a v kontinentálních systémech stejné, ústavní základ zákazu retroaktivity je velmi odlišný.

Ve Velké Británii, ve které má common law kořeny, neexistuje, jak již bylo zmíněno, psaná ústava. Nicméně pravidla týkající se rozdělení moci ve státě a základní funkce jednotlivých mocí jsou dodržována po staletí, a proto se velmi často hovoří o materiální ústavě. Jedním z naprosto fundamentálních ústavních pravidel je suverenita parlamentu.

Tato suverenita znamená, že britský parlament může přijmout jakýkoliv zákon a není přitom ničím limitován. Projevem je například nemožnost dřívějšího parlamentu zavázat parlament pozdější nebo to, že obecně vzato může parlament přijmout čistě retroaktivní normu. Nadpis této kapitoly by tedy měl znít spíše: „Ústavní základ přípustnosti retroaktivity“.

Tato situace však není totožná ve všech zemích common law. Stejně jako Velká Británie staví na suverenitě parlamentu i Austrálie, ale nikoliv například Spojené státy Americké. Tam ústava stanoví principy dělby moci, ale hlavně sama ústava limituje zákonodárnou moc, protože tou nejvyšší mocí je americký lid, který tuto ústavu přijal. Americká ústava například obsahuje výslovný zákaz retroaktivity v trestních věcech⁵, který v jiných zemích common law není nutně aplikován.

Nicméně i v těch zemích common law, kde parlament může vše, zákaz retroaktivity najde své široké uplatnění.

3 Bowen v. Georgetown Univ. Hosp., 488 U.S. 204, 219-20 (1988).

4 Troy, D. E. Towards a definition and critique of retroactivity, *Alabama Law Review* Spring, 2000, s. 1329 nebo Natelson, R. G. Statutory retroactivity: the founders view, *Idaho Law Review*, 2003, s. 489.

5 Ústava Spojených států amerických, čl. 1 odst. 9 a 10.

4. Domněnka neretroaktivity právního předpisu

V případě zemí common law nemůže být překvapivé, že to byly soudy, které svou rozhodovací činností vytvořily pravidla, která ve svém důsledku znamenají téměř úplný zákaz retroaktivity.

Soudy zkounstruovaly domněnku neretroaktivity právního předpisu. Velmi expresivně vyjádřil domněnku neretroaktivity soudce J. Wright v rozhodnutí *Re Athlumney*⁶ když napsal, že právní předpis se musí vykládat tak, aby nebyl aplikován se zpětnou účinností, ledaže se tomu nelze vyhnout bez použití násilí na textu normy. Jinak řečeno, jestliže existuje způsob, jak vyložit právní normu jako neretroaktivní, musí tak soud učinit. Problémy nastávají, když se má najít hranice mezi tím, kdy z textu normy vyplývá záměr, aby měla zpětnou účinnost a kdy nikoliv.

V případě *Gardner proti Lucasovi a dalším*⁷ se lordové Sněmovny lordů zasedající jako nejvyšší soud neshodli na tom, zda je nutnou podmínkou aplikovatelnosti domněnky neretroaktivity výslovný zákaz legislativce nebo stačí identifikovat v textu normy jeho záměr učinit normu retroaktivní. Jinak řečeno si kladli otázku, jestli parlament musí výslovně stanovit, že si přeje, aby zákon byl retroaktivní nebo stačí, že to ze zákona vyplývá.

Ve zmíněném případě došlo k situaci, kdy dle zákona z roku 1696 měla být smlouva uzavřená v roce 1873 považována za neplatnou z důvodu formy. Otázkou, kterou měl soud vyřešit bylo, zda zákon z roku 1874 (který stanovil, že žádná písemná smlouva, jejíž uzavření bylo potvrzeno dvěma svědky, nebude považována za neplatnou z jakéhokoliv důvodu pro nedostatek formy při jejím uzavření) měl retroaktivní účinek a smlouvu od neplatnosti zachránil. Dva ze čtyř lordů práva se soustředili na analýzu záměru legislativní moci. Byly toho názoru, že je nutné zkoumat, jestli z normy vyplývá vůle zákonodárce dát jí retroaktivní charakter, i když by byla tato vůle nejednoznačná. Zbývající dva lordi však podporovali mnohem silnější roli soudu v otázce retroaktivity a stavěli se za stabilnější základ domněnky neretroaktivity. Podle nich nestačí hledat nejasný záměr zákonodárce, ale je nutný zcela zřetelný příkaz zákonodárce k retroaktivní aplikaci zákona⁸.

Z další judikatury je zřejmé, že se prosadil spíše druhý přístup. Soudy common law aplikují domněnku neretroaktivity vždy, ledaže by

⁶ *Re Athlumney* [1898] 2 QB 547, 551-552.

⁷ *Gardner v Lucas and Others* (1878) 3 App. Cas. 582 (HL).

⁸ Juratowitch, B. *Retroactivity and the Common Law*, Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 71-73.

zákonodárce naprosto výslovně stanovil, že norma má mít retroaktivní účinek. Někdy jsou kritéria soudů zemí common law velmi striktní a i přes existenci zřetelného vyjádření legislativce nepřipustí zpětný účinek předpisu.

V cejlonském případě Wijesuriya proti Amitovi, který rozhodovala Privy Council (nejvyšší soudní autorita Commonwealthu), byl předmětem rozhodování zákon, jež stanovil povinnost platit i retroaktivně daň z motorových vozidel. Privy Council rozhodla aplikovat zákon jako nemající retroaktivní účinek. Své rozhodnutí odůvodnila tím, že zákon nestanovil bližší pravidla pro retroaktivní aplikaci zákona (například zákon neupřesnil, zda má daň platit původní vlastník vozidla nebo vlastník v době po jeho přijetí). Obdobně byla soudy aplikována domněnka neretroaktivity na celý zákon i v případech, kdy zákon nestanovil, jak má být naloženo s již probíhajícími spory⁹. Nicméně i tento přísný přístup soudů zemí common law není bezbřehý a existují případy, kdy je domněnka neretroaktivity vyvratitelná.

5. Vyvratitelnost domněnky neretroaktivity právního předpisu

Přestože jsou požadavky na příkaz zákonodárné moci pro retroaktivní aplikaci zákona velmi náročné, je nutné jej zmínit na prvním místě mezi důvody vyvrácení domněnky neretroaktivity. Stanoví-li legislativní moc, že zákon má mít retroaktivní účinek a vyhoví i dalším požadavkům, musí soud zákonu dát zpětnou účinnost.

Domněnka neretroaktivity se obecně neaplikuje ani v případě změny procedurálních zákonů nebo interpretativních zákonů. Důvodem v případě těchto předpisů je to, že se nemění žádná hmotná práva ani povinnosti subjektů práva¹⁰, i když i v rámci této kategorie existují hraniční případy.

Třetí skupinu případů tvoří zákony, které zpětně narovnávají určitý stav. Tyto případy mají společné to, že zpětná účinnost zákona se jeví jako jednoznačně spravedlivá. Mohli bychom zde zařadit případy, kdy osoba spoléhala na platnost nějakého právního aktu, ale nezávisle se stala obětí pochybení (například zákon, který zplatoval sňatky, jež byly prohlášeny soudem za neplatné kvůli tomu, že byly uzavřeny před duchovními bez náležité hodnosti). Rovněž zde lze zařadit nápravu křivd způsobených

⁹ Juratowitch, B. *Retroactivity and the Common Law*, Oxford: Hart Publishing, 2008, s. 75.

¹⁰ McCreary, J. M. *Retroactivity of laws: an illustration of intertemporal conflicts law issues through the revised civil code articles on disinheritance*, Louisiana Law Review Summer, 2002, s. 1325.

dřívějším režimem, kdy jsou například osvobozeny osoby za jednání dříve formálně nezákonné, které je však považováno za souladné s právem¹¹.

Další skupinou zákonů, na které se nevztahuje domněnka retroaktivity, jsou ty, jež ochraňují veřejnost. Tato kategorie je velmi široká a je nezbytné posuzovat každý případ zvlášť. Bylo by tedy vhodnější hovořit o skupině zákonů, jejichž zvláštní obsah má chránit nějaký obecně akceptovatelný cíl. Do této kategorie je možné zařadit retroaktivní kriminalizaci válečných zločinů nebo naopak dekriminlizaci některého trestného činu¹².

6. Závěr

Pro země common law je příznačná důležitá role soudního rozhodování. Soudní soustava hraje mnohem významnější roli při vytváření resp. nalézání právních pravidel než v zemích s kontinentální právní kulturou. Tento rys se zřetelně projevuje i u řešení problematiky retroaktivity právních předpisů. Přestože v „klasických“ zemích common law platí pravidlo suverenity parlamentu, který není při normotvorbě ničím limitován, soudy vytvořily domněnku neretroaktivity. Právní předpis se musí vykládat tak, aby neměl retroaktivní účinek. Toto pravidlo může legislativní moc prolomit, jen pokud v textu normy výslovně stanoví, že si přeje, aby mělo pravidlo v něm vyřčené retroaktivní účinek. Soudy však i pro výslovnou vůli zákonodárce stanovily přísná kritéria. Nicméně existují i zvláštní okolnosti, které mají za následek, že se domněnka neretroaktivity neaplikuje.

Literature:

- Books and articles

- Juratowitch, B. *Retroactivity and the Common Law*, Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 239, ISBN: 9781841137612.
- McCreary, J. M. *Retroactivity of laws: an illustration of intertemporal conflicts law issues through the revised civil code articles on disinheritance*, Louisiana Law Review, Summer, 2002, s. 1325.
- Natelson, R. G. *Statutory retroactivity: the founders view*, Idaho Law Review, 2003, p. 489.

11 Juratowitch, B. *Retroactivity and the Common Law*, Oxford: Hart Publishing, 2008, s. 82.

12 Juratowitch, B. *Retroactivity and the Common Law*, Oxford: Hart Publishing, 2008, s. 86-89.

- Troy, D. E. Towards a definition and critique of retroactivity, Alabama Law Review Spring, 2000, p. 1329.
- **Case law**
- Canada: Benner v. Canada (Secretary of State), [1997] 1 S.C.R. 358.
- Czech republic: sp. zn. Pl. ÚS 53/10 ze dne 19.04.2011.
- UK: Gardner v Lucas and Others (1878) 3 App. Cas. 582 (HL).
- UK: Re Athlumney [1898] 2 QB 547.
- US: Bowen v. Georgetown Univ. Hosp., 488 U.S. 204, (1988).

Contact – email
nemcak@gmail.com

KOMPARATIVNÍ ANALÝZA INTERTEMPORÁLNÍCH ÚČINKŮ SOUDNÍCH ROZHODNUTÍ V ČR A V BRITSKÉM PRÁVNÍM SYSTÉMU COMMON LAW

MARTINA PECHÁČKOVÁ

Vysoká škola ekonomická v Praze, Fakulta mezinárodních vztahů, Katedra
podnikového a evropského práva

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá problematikou intertemporálních účinků soudních rozhodnutí. Důraz je kladen zejména na komparaci retroaktivních dopadů soudních rozhodnutí v ČR a v systému common law. V souvislosti s retroaktivitou je pozornost věnována rovněž některým aspektům judikatury Evropského soudního dvora a okrajově též Evropského soudu pro lidská práva. Cílem příspěvku je zejména nastínit situace, kdy je retroaktivita soudních rozhodnutí přípustná, či dokonce nevyhnutelná.

Key words in original language

Retroaktivita, soudní rozhodnutí, právní jistota, common law, komparativní analýza.

Abstract

The paper discusses intertemporal effects of court decisions. Main focus is directed on comparative analysis of retroactivity of judicial ruling in Czech law with common law legal system. In respect of retroactivity issues, attention is also paid to some aspects of jurisprudence of ECJ and ECHR, respectively. The aim of the contribution is in particular to provide an outline of situations in which retroactive effect of judicial decisions is permissible or even inevitable.

Key words

Retroactivity, judicial decisions, legal certainty, common law, comparative analysis.

RETROAKTIVITA V PRÁVU Z OBECNÉHO HLEDISKA

Retroaktivita v právu je obecně považována za jev nežádoucí, odporující zásadám právního státu, narušující právní jistotu a legitimní očekávání. Běžně je pod pojem retroaktivita podřazována jednak tzv. retroaktivita práv a dále tzv. retroaktivita nepráv. Vzhledem k tomu, že jak již samotný vžitý název napovídá, nejedná se v případě retroaktivity nepráv de facto o zpětné působení práva, bude dále v tomto příspěvku pod pojmem retroaktivita rozuměna pouze retroaktivita práv.

Nepřijatelnost retroaktivně působících právních norem bývá spatřována zejména v tom, že jejich adresáti nemají možnost se s obsahem právní normy předem seznámit a své jednání uzpůsobit daným pravidlům, čímž jsou narušena očekávání utvořená na základě dosavadních právních norem. Právní stát by se přitom měl vyznačovat právě předvídatelností, publicitou a dostupností práva, umožňující v každém okamžiku zjistit, co je právem a podle jakých právních norem jsou právní subjekty povinny jednat. Nicméně, jak bude detailněji zmíněno níže, v některých případech lze, při splnění jistých kritérií, retroaktivitu považovat za přijatelnou metodu sloužící spravedlnosti a účelu právní regulace.

Důležitost právní jistoty a ochrany legitimních očekávání coby základních právních principů komunitárního práva byla potvrzena rovněž v judikatuře Evropského soudního dvora (dále jen "ESD")¹, který uvedené principy ve své judikatuře zohledňuje prakticky po celou dobu své činnosti. Ani ESD ovšem tyto zásady, byť je označuje za zásady stěžejní, nepovažuje za zcela absolutní. Jak ESD uvedl např. v rozsudku ve věci Racke², princip právní jistoty sice v zásadě znemožňuje stanovit účinnost právního předpisu před datem jeho publikace, nicméně ve výjimečných případech je přípustné z tohoto pravidla učinit výjimku vyžaduje-li to účel, kterého má být dosaženo a jsou-li dostatečně respektována legitimní očekávání dotčených osob. Dotčené principy, byť stojící v samotných základech (nejen) komunitárního práva, tak musí být brány v úvahu nikoli v jakémsi vakuu, ale v kontextu daných okolností, především ekonomických a zájmů Evropského společenství jako celku.

Stěžejní úlohu principu právní jistoty vyzdvihuje rovněž judikatura Evropského soudu pro lidská práva (dále jen "ESLP")³, který ve svých rozhodnutích soustavně akcentuje zejména přístupnost práva a jasnost a předvídatelnost právních norem, a jejich prostřednictvím ochranu proti libovůli v rozhodování státních orgánů⁴. Nicméně i z rozhodovací praxe ESLP je zřejmé, že uvedené zásady, jakož i zákaz retroaktivity, není možno považovat za absolutní. Příkladem jsou zejména rozhodnutí týkající se

¹ ESD aplikoval uvedené principy v řadě svých rozhodnutí, mezi jinými např. v rozhodnutí č. 74/74 ze dne 15. června 1976 ve věci CNTA v Commission, v rozhodnutí č. 98/78 z 25. ledna 1979 ve věci Racke v Hauptzollamt Mainz, v rozhodnutí č. 70/83 z 22. února 1984 ve věci Kloppenburg v Finanzamt Leer či v rozhodnutí č. C-322/93 ze dne 16. června 2004 ve věci Peugeot.

² Rozhodnutí ESD č. 98/78 ze dne 25. ledna 1979 ve věci Racke v Hauptzollamt Mainz.

³ ESLP je soudním orgánem zřízeným v roce 1959 v rámci Rady Evropy Úmluvou o ochraně lidských práv a svobod z roku 1950, která byla Českou republikou (resp. tehdejší ČSFR) ratifikována dne 18. 3. 1992. ESLP je tak orgánem stojícím zcela mimo Evropskou unii.

⁴ Např. rozhodnutí ESLP č. C (84) 57 ze dne 2. srpna 1984 ve věci Malone v Spojené království Velké Británie a Severního Irska či rozhodnutí č. A (79) 30 ze dne 26. dubna 1979 ve věci Sunday Times v Spojené království Velké Británie a Severního Irska.

přípustnosti retroaktivních účinků daňové legislativy a otázce jejího souladu s ochranou lidských práv. ESLP se této problematice věnoval v několika rozhodnutích⁵, přičemž došel k závěru, že daňová legislativa mající retroaktivní účinky není v zásadě v rozporu s Úmluvou o ochraně lidských práv a svobod (dále jen "Úmluva"). Právní norma s retroaktivním účinkem, jejímž účelem je zamezit daňovým únikům a která není ve vztahu k dotčeným osobám nepřiměřeně tíživá, by tak s největší pravděpodobností byla shledána plně v souladu s Úmluvou a lidskými právy⁶.

Je tedy zřejmé, že zákaz retroaktivity není zákazem absolutní povahy a že v určitých případech jsou retroaktivní účinky právních norem přípustné, jak plyne mj. z rozhodovací praxe obou shora uvedených soudních orgánů a jak ostatně konstatoval rovněž Ústavní soud České republiky, kterému bude věnována pozornost níže.

O retroaktivitě se v naprosté většině případů hovoří a pojednává ve vztahu k právním předpisům. Vnímání problematiky retroaktivních účinků práva pouze tímto prismaem je však pohledem značně zužujícím. Otázky spojené s retroaktivitou a její přípustností jsou relevantní rovněž ve vztahu k účinkům soudních rozhodnutí, byť v odborné literatuře bývá tento aspekt velmi často opomíjen. Předchozí odstavce tohoto příspěvku, zejména principy a závěry tam uvedené, jsou tak *cum grano salis* aplikovatelné rovněž ve vztahu k rozhodnutím soudních orgánů.

V následujících částech tohoto textu je tak problematika retroaktivity diskutována právě v souvislosti se soudními rozhodnutími. Možné odlišnosti v přístupu k intertemporálním účinkům soudních rozhodnutí jsou ilustrovány prostřednictvím srovnání teoretických i praktických aspektů dané problematiky v českém právním řádu se systémem *common law*, který je reprezentován Spojeným královstvím Velké Británie a Severního Irska (dále jen "Spojené království"). I když je obecně role judikatury v systému *common law* považována ve srovnání s kontinentálním právním systémem, jehož je Česká republika představitelem, za zcela odlišnou, po bližším prozkoumání se některé s odlišností jeví spíše jen teoretického charakteru.

V následujícím textu je pozornost věnována nejprve relevantním aspektům právního systému *common law*. V další části je daná problematika zkoumána v právním řádu českém; pro úplnost bude pozornost krátce věnována rovněž intertemporálním účinkům rozhodnutí ESD. Závěrem bude provedeno stručné zhodnocení dosažených závěrů a závěrečná shrnující komparace přístupů obou právních řádů k dané problematice. Skutečnosti a závěry uvedené v tomto příspěvku se nicméně nevztahují na

⁵ Zejména rozhodnutí o stížnostech č. 8531/79, č. 27793/95 a č. 30289/96.

⁶ Více např. Baker, P.: *Retrospective tax legislation and the European Convention on Human Rights*. In: *British Tax Review*, 2005 (1), s. 1-9.

oblast trestního práva, v níž jsou pravidla týkající se retroaktivity velmi striktní.

INTERTEMPORÁLNÍ ÚČINKY SOUDNÍCH ROZHODNUTÍ V SYSTÉMU COMMON LAW

V angloamerickém právním systému, jehož je Spojené království typickým představitelem, jsou soudní rozhodnutí, jak je všeobecně známo, uznávaným pramenem práva. Povahu pramene práva nemají nicméně veškerá soudní rozhodnutí; zjednodušeně lze říci, že se jedná pouze o rozhodnutí vyšších soudů, z nichž nejdůležitější postavení má House of Lords. Nadále budeme tedy uvažovat pouze rozhodnutí těch soudních orgánů, která potenciálně mohou plnit roli pramene práva. Britské soudy nicméně vykonávají svoji rozhodovací pravomoc, dalo by se říci, ve dvojí kapacitě - svým rozhodnutím buď interpretují ustanovení právních předpisů, v kterémžto případě soudní rozhodnutí pravotvorný význam nemá, nebo potvrzují či mění tzv. common law⁷. Common law⁸ je přitom vnímáno jako základní zdroj práva, jakýsi všeobjímající právní rámec; právní předpisy vydané legislativními orgány jsou pak považovány za pouhé výjimky z pravidel common law. Zákonodárce přitom nemá pravomoc měnit základní principy, které jsou v common law zakotveny⁹.

Jedním z principů common law je mimo jiné zákaz retroaktivity právních předpisů¹⁰. Je-li tedy obsahem soudního rozhodnutí výklad právního předpisu, uplatní se tento princip rovněž ve vztahu k účinkům daného rozhodnutí¹¹. Tento závěr je nicméně logický, neboť nemá-li právní předpis retroaktivní účinky, nelze ani jeho ustanovení vykládat s účinky předcházejícími datu jeho účinnosti¹². Lze tedy dojít k závěru, že v tomto

⁷ Viz Juratowitch, B.: Retroactivity and the Common Law. In: Law Quarterly Review 2008, 124 (Oct) (dále jen "Juratowitch"), s.712.

⁸ Pojem common law je v širším slova smyslu používán jako souhrnný název pro rodinu právních systémů (též angloamerický právní systém), které vycházejí právě z common law v původním významu, tj. doslova "společného práva". Common law je přitom souborem pravidel a zásad, které se v průběhu staletí vyvíjely na základě obyčejového práva a rozhodování soudních orgánů. Státy, jejichž právní systém vychází právě z common law, jsou přitom v zásadě bývalými součástmi britského impéria. Více o historii a vývoji common law viz např. Milsom, S.F.C.: The Natural History of Common Law, Columbia University Press, 2003.

⁹ Viz Langenbucher, K.: Argument by analogy in European law. In: Cambridge Law Journal, 1998, 57(3), ss. 497-498.

¹⁰ Viz Juratowitch, s. 712.

¹¹ Tamtéž.

¹² Je nutno podotknout, že v souladu s tím, co bylo uvedeno v první části tohoto příspěvku, se výjimky ze zásady zákazu retroaktivity uplatní rovněž v britském právním řádu. To

případě sice účinky soudního rozhodnutí působí zpětně, avšak nemohou dopadat do doby předcházející účinnosti předmětného právního předpisu. Nežádoucí by nicméně bylo omezit intertemporální účinky daného rozhodnutí *ex nunc*, neboť by tím vlastně soud deklaroval, že právní norma zakotvená v daném právním předpisu "byla včera X a dnes je Y"¹³.

Zajímavým důsledkem shora uvedené duality právních předpisů a common law je skutečnost, že soudce v anglosaském právním systému vykládá právní předpisy s důrazem na jejich doslovné znění, nikoli s ohledem na jejich smysl a účel; extenzivní výklad právních předpisů je přitom považován za nepřipustný¹⁴.

V případě, že soud svým rozhodnutím rozvíjí common law, je situace jiná. V takovém případě je daný judikát skutečně považován za pramen práva, přičemž je všeobecně akceptovaným a dlouhodobě zastávaným pravidlem, že retroaktivní účinek takovýchto rozhodnutí je přirozený, nevyhnutelný a nezbytný¹⁵. Princip retroaktivity účinků judikatury, který je v britském právním systému hluboce zakotven, vychází z tzv. deklaratorní teorie¹⁶, dle které není soudce ničím jiným, než pouhými ústy, která pronášejí slova práva¹⁷. Závaznost judikatury coby pramene práva tak stojí na fikci, že soudce právo netvoří, pouze deklaruje existenci určité právní normy, která zde již nicméně existovala¹⁸. Tato teorie, která je nicméně díky své zjevné nereálnosti v současné době pomalu ale jistě opouštěna, tak vlastně říká, že k retroaktivitě práva nedochází a soudce nové právo netvoří¹⁹. Realita je však jiná, jak je ostatně zastáváno stále větší částí odborné veřejnosti - soudní rozhodnutí skutečně jsou pramenem práva, jejich prostřednictvím je právo měněno a dotvářeno, a to prakticky vždy s retroaktivními účinky²⁰.

ovšem samozřejmě nic nemění na tom, že účinky soudního rozhodnutí, kterým jsou ustanovení příslušného právního předpisu vykládána, nemohou sahát dále do minulosti než samotný vykládaný právní předpis.

¹³ Viz Sheehan D. - Arvind, T. T.: Prospective overruling and the fixed-floating charge debate. In: Law Quarterly Review, 2006, 122(Jan) (dále jen "Sheehan - Arvind"), s. 23.

¹⁴ Viz Beatson, J.: The role of statute in the development of common law doctrine. In: Law Quarterly Review 2001, 117(Apr), s. 249.

¹⁵ Viz Sheehan - Arvind, ss. 21-22.

¹⁶ V anglickém znění "declaratory theory of judicial decisions", viz např. Sheehan - Arvind, s. 22.

¹⁷ "A judge is but the mouth which pronounces the words of the law", viz Tur, R.H.S.: Time and law. In: Oxford Journal of Legal Studies 2002, 22(3) (dále jen "Tur"), s. 467.

¹⁸ Viz Sampford, C.: Retrospectivity and the Rule of Law. In: Public Law 2009, Jan, s. 189.

¹⁹ Viz Juratowitch, s. 713.

²⁰ Tamtéž.

Zatímco tedy ve vztahu k právním předpisům je v britském systému common law retroaktivita, až na výjimečné případy, v zásadě zakázána, u judikatury je tomu právě naopak. Mezi britskou odbornou veřejností stále panují spory, zda je vůbec omezení časové působnosti soudního rozhodnutí tak, že by jeho účinky nastaly *ex nunc*²¹, přípustné a zda neodporuje zásadám common law²². Přípustnost omezení časových účinků soudního rozhodnutí nicméně potvrdil i House of Lords, přičemž ovšem dodal, že takovýto postup přichází v úvahu jen ve zcela výjimečných případech a že jej nelze obecně považovat za legitimní výkon soudní moci²³. Důsledné omezení účinků soudního rozhodnutí tak, že by pravidla v něm vyslovená dopadala pouze na právní vztahy založené po datu vyhlášení předmětného rozhodnutí, by přitom nezbytně vedlo k odrazení mnoha osob od domáhání se svých práv soudní cestou, neboť by pro ně výsledek sporu neměl prakticky žádný význam²⁴.

Vzhledem k tomu, že deklaratorní teorie je stále více opouštěnou fikcí a je tak zřejmé, že britské právo v důsledku judikatury skutečně prochází změnami a vývojem, jeví se shora popsaný diametrální rozdíl v přípustnosti retroaktivity ve vztahu k právním předpisům v kontrastu s judikaturou jako nelogický a nekoncepční. Jeho základ a zachovávání lze bezpochyby připsat dlouhé tradici common law a vnímání principů common law jakožto základního právního rámce. Je však nutno podotknout, že v judikatuře britských soudů jen velmi zřídka dochází k převratným rozhodnutím, které by měly za následek markantní narušení legitimních očekávání a právní jistoty. V rámci doktríny závaznosti precedentů je od soudů očekáván spíše pomalý a velmi opatrný vývoj práva než výrazné změny²⁵; ve vztahu k legislativě podobné očekávání formulováno není a rizika spojená s retroaktivním účinkem nových právních předpisů jsou tak mnohem vyšší. Další argument ve prospěch retroaktivity soudních rozhodnutí vychází z ideje právního státu, coby vlády práva, jehož účelem je zejména zamezení libovůli státních orgánů. Nejsou-li soudní rozhodnutí s retroaktivním účinkem založena na pouhé libovůli soudců a ctí-li základní právní principy, nelze o nich říci, že by byly s konceptem právního státu v rozporu²⁶.

²¹ Tzv. prospective overruling.

²² Viz např. Sheehan - Arvind.

²³ Viz rozhodnutí House of Lords ze dne 30.6.2005 ve věci Spectrum, [2005] UKHL 41.

²⁴ Tamtéž, s. 25.

²⁵ Viz Tur, s. 472.

²⁶ Viz Endicott, T.: Adjudication and the law. In: Oxford Journal of Legal Studies, 2007, 27(2), s. 317.

INTERTEMPORÁLNÍ ÚČINKY SOUDNÍCH ROZHODNUTÍ V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU

Česká republika patří do rodiny kontinentálních právních systémů, jejichž kořeny vycházejí z římskoprávní tradice. Jak je všeobecně známo, jedna z hlavních odlišností této skupiny právních systémů oproti angloamerické právní kultuře spočívá zejména ve vymezení pramenů práva. Zatímco v právním systému common law, jak již bylo výše řečeno, jsou soudní judikatura a nepsané právní zásady common law nejen považovány za legitimní prameny práva, ale je jim přisuzována významnější úloha než právním předpisům, přístup kontinentálního práva je zcela odlišný. Dominantní úlohu hrají v kontinentálních právních systémech právní předpisy; tyto právní řády tak bývají označovány jako legicentrické, což platí i pro Českou republiku²⁷. Právní obyčej²⁸ ani soudní precedens za prameny práva považovány nejsou, byť role soudních rozhodnutí není, jak bude rozebráno dále, rozhodně zanedbatelná²⁹. Co se týče judikatury, tradiční přístup zastávaný v kontinentálním právu, Českou republiku nevyjímaje, spatřuje základ závaznosti soudních rozhodnutí rovněž v zákonu. Autorita soudních orgánů a jimi vydávaných rozhodnutí je odvozena z příslušných právních předpisů, soudy jsou zákonem nezbytně vázány a pouze jej v konkrétních případech interpretují³⁰. "Kontinentální ideologie práva je založena na fikci, že zákon obsahuje vše. [...] Soudce by měl dospět ke stejnému řešení jako jeho předchůdce z prostého důvodu, že oba aplikují stejný zákon."³¹ Při aplikaci této teorie pak není nutné, aby byla soudům stanovena povinnost následovat rozhodnutí v předchozích věcech. Pro úplnost je nutno dodat, že postoj k retroaktivitě právních norem odpovídá zásadám a postojům uvedeným v úvodní části tohoto příspěvku.

V České republice je tak soudní rozhodnutí považováno za pouhý akt aplikace práva a nemá normotvorný význam. Soudce je při své rozhodovací činnosti vázán pouze zákonem a mezinárodními smlouvami, které jsou

²⁷ Viz Ústav státu a práva Akademie věd ČR, URL: <<http://www.ilaw.cas.cz/index.php?page=49>>, přistoupeno dne 13. 5. 2011.

²⁸ Například z textu § 1 odst. 2 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, který odkazuje na použití "obchodních zvyklostí" a "zásad, na kterých spočívá tento zákon", by se mohlo jevit, že pramenem práva může být v České republice i právo nepsané. Situace je však spíše taková, že uvedené právní zásady a zvyklosti pramenem práva samy o sobě nejsou; tím je citovaný obchodní zákoník, který jejich použití *expressis verbis* umožňuje.

²⁹ Tamtéž.

³⁰ Viz Cummins, R.J.: The general principles of law, separation of powers and theories of judicial decisions in France. In: *International & Comparative Law Quarterly*, 1986, 35(3), s. 625.

³¹ Viz Zapletalová, D. - Tuza, J.: Význam soudních precedentů v obchodním právu. In: *Podnikanie na poľnohospodárskej pôde vo vzábe na rozvoj vidieka*. Nitra: SPU v Nitre, s. 213.

součástí právního řádu České republiky³². Obecným pravidlem je, že pravomocné soudní rozhodnutí je závazné pouze pro účastníky řízení³³. Neexistuje tak formální vázanost judikaturou vyšších soudů. V této souvislosti je však nutno zmínit roli Nejvyššího soudu ČR při sjednocování rozhodovací činnosti nižších soudů, která je výslovně zakotvena v § 14 odst. 3 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích, ve znění pozdějších předpisů. Obdobná pravomoc v oblasti správního soudnictví je svěřena Nejvyššímu správnímu soudu³⁴. Nelze opomenout ani roli a kompetence Ústavního soudu, mj. jakožto "negativního zákonodárce"³⁵. Vykonalná rozhodnutí Ústavního soudu jsou přitom závazná pro všechny orgány a osoby³⁶.

Bylo-li by soudní rozhodnutí skutečně vždy závazné pouze pro účastníky řízení, popř. další zákonem stanovené osoby, jejichž zájmů se dané rozhodnutí dotýká, nemělo by příliš smyslu věnovat se v souvislosti se soudními rozhodnutími problematice retroaktivity jejich účinků. Účinky rozhodnutí by byly omezeny jen na konkrétní případ a nebylo by třeba řešit otázku právní jistoty a legitimních očekávání širšího okruhu osob. Nicméně, byť formálně soudní precedent pramenem práva v České republice není, působí ustálená judikatura vyšších soudů, zejména Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu, silou své přesvědčivosti³⁷; rozhodnutí Ústavního soudu jsou pak závazná pro všechny orgány a osoby, jak již bylo zmíněno výše.

Roli judikatury a vázanosti judikaturou vyšších soudů se několikrát věnoval i Ústavní soud, který mj. konstatoval, že "[p]rincip nutné předvídatelnosti postupu soudu jako orgánu veřejné moci a jeho důsledků při následné interpretaci normy má totiž v soudním rozhodování výraznou úlohu při vyloučení prostoru pro případnou libovůli. [...] faktické precedenční účinky publikovaných rozhodnutí Nejvyššího soudu jsou v právním systému České republiky oslabeny potud, že právní názory v nich obsažené formálně nižší soudy nezavazují. Tím však není řečeno, že by judikatura Nejvyššího soudu neměla svoji normativní sílu. Je totiž sice právem nižšího soudu tyto

³² Viz čl. 95 odst. 1 zákona č. 1/1993 Sb., Ústava ČR, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "Ústava ČR"). Soudy jsou nicméně povinny vykládat národní právo eurokonformním způsobem, jak vyplývá z judikatury ESD, zejm. z přelomového rozhodnutí č. 6/64 ze dne 15. 7. 1964 ve věci Costa v ENEL.

³³ Viz § 159a odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

³⁴ Viz § 12 odst. 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů.

³⁵ Viz čl. 87 odst. 1 Ústavy ČR.

³⁶ Viz čl. 89 odst. 2 Ústavy ČR.

³⁷ Viz např. Ústav státu a práva Akademie věd ČR, URL: <<http://www.ilaw.cas.cz/index.php?page=49>>, přistoupeno dne 13. 5. 2011.

judikatorní závěry [...] nerespektovat a odchýlením se od nich iniciovat jejich změnu, avšak taková iniciativa - má-li být ústavně konformní - nemůže se udát mimo rámec spravedlivého procesu. Chtěl-li odvolací soud v projednávané věci vskutku publikované právní názory Nejvyššího soudu pominout, bylo jeho povinností pečlivě v důvodech svého rozhodnutí vysvětlit, proč se s nimi neztotožňuje [...] bezdůvodné opomenutí rozhodnutí Nejvyššího soudu může mít rysy jurisdikční libovůle"³⁸, což se bezesporu přičí zásadám demokratického právního státu, na nichž Česká republika v souladu s Ústavou ČR stojí.

V podobném duchu se ostatně vyjádřil i Nejvyšší soud ČR, dle jehož názoru "[s]kutečnost, že soud bez vysvětlení pomine pro účastníka řízení příznivou judikaturu [...], na kterou byl tímto účastníkem výslovně upozorněn, sama o sobě významně oslabuje přesvědčivost písemného vyhotovení jeho rozhodnutí [...]. Jde též o jev, který oslabuje předvídatelnost soudního rozhodování a zejména v rozhodovací praxi odvolacích soudů jej nelze tolerovat."³⁹ Nejvyšší soud ČR rovněž uvedl, že "právní názory, které Nejvyšší soud České republiky zaujal v jiných právních věcech, nejsou ex lege právně závazné (aplikovatelné) na případy s obdobným skutkovým či právním základem, z nějž vzešel ten který judikát dovolacího soudu, nelze však současně ztrácet ze zřetele, že došlo-li v soudní rozhodovací praxi při řešení určité materie k judikatornímu ustálení právního názoru, je z povahy věci nezbytné, aby soudy nižších stupňů tento judikatorní posun ve své rozhodovací praxi reflektovaly a v případě, že takový právní názor nesdílejí, jej ve světle jimi pečlivě vyložené argumentace (kriticky) konfrontovaly a seznatelným způsobem [...] vyložily, proč [...] nebylo lze se ve věci s obdobným skutkovým či právním základem s předmětným judikátem ztotožnit. [...] již učiněný judikatorní výklad by měl být [...] 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)."⁴⁰ Stejný právní názor vyjadřuje ve své judikatuře rovněž Nejvyšší správní soud⁴¹.

V relativně nedávné době se stala velmi aktuální otázka intertemporálních účinků rozhodnutí Ústavního soudu o zrušení zákona či jiného právního předpisu, resp. jeho ustanovení, pro rozpor s ústavním pořádkem, popř. zákonem. Bouřlivá diskuze vyvstala v souvislosti s nálezem Ústavního soudu ze dne 8.6.2010, sp. zn. Pl.ÚS 3/09, jímž byla zrušena část ustanovení § 83a odst. 1 zákona č. 141/1961 Sb., trestního řádu, dle něhož mohl

³⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 17. 7. 2007, sp. zn. IV.ÚS 451/05.

³⁹ Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 27. 4. 2006, sp. zn. 29 Odo 551/2006.

⁴⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 3. 12. 2009, sp. zn. 30 Cdo 2811/2007.

⁴¹ Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 8. 2006, č.j. 1 Aps 2/2006 - 72.

provedení prohlídky jiných prostor a pozemků nařídít státní zástupce či policejní orgán, a to i bez souhlasu soudu. Právě absence požadavku na souhlas soudu byla shledána protiústavní a příslušná část zmíněného ustanovení tak bylo uvedeným nálezem zrušena. Ústavní soud se následně v rámci rozhodování o ústavních stížnostech k věci postavil tak, že účinky shora uvedeného nálezu jsou plně retroaktivní a přistoupil ke zrušení příkazu k prohlídce nebytových prostor vydanému před vyhlášením předmětného nálezu ve Sbírce zákonů⁴², a to přes skutečnost, že předmětný příkaz k prohlídce byl vydán dle tehdy platné a účinné právní úpravy.⁴³ Ústavní soud přitom konstatoval, že "[p]rává retroaktivita v případě vyslovení protiústavnosti již zrušeného zákona (jehož adresátem je veřejná moc) a posouzení předchozích skutkových jednání ústavně konformní právní úpravou s účinky ex tunc na straně veřejné moci je přípustná s ohledem na to, že nezakládá porušení principu ochrany důvěry občanů v právo, příp. zásah do právní jistoty, resp. nabytých práv."⁴⁴ Ústavní soud nicméně svůj přístup záhy přehodnotil a ve stanovisku pléna uvedl, že "[z] čl. 89 odst. 1 Ústavy České republiky [...] a kontextu úpravy zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů [ustanovení § 57 odst. 1 písm. a) a § 70 odst. 1] nelze dovodit nic jiného, než to, že se právní předpis ruší nikoli od počátku (ex tunc), nýbrž vždy až ode dne, který Ústavní soud v nálezu určí, a neučiní-li tak, pak dnem, kdy je nález publikován ve Sbírce zákonů, tedy ex nunc. [...] derogační nález, pokud zde existuje zvýšený zájem na ochraně ústavnosti, může být vykonatelný ještě před datem vyhlášení ve Sbírce zákonů, tato [...] vůle [Ústavního soudu] však musí být nejen z důvodů požadavků zákona, ale i z důvodů právní jistoty výslovně projevena."⁴⁵ Ústavní soud přitom zdůraznil, že "zrušení protiústavní právní úpravy samo o sobě neznamena revizi individuálních právních aktů založených na aplikaci neústavního předpisu".⁴⁶ Obecným pravidlem tedy je, že derogační nálezy Ústavního soudu se uplatní pouze pro futuro, retroaktivita jejich účinků by musela být v nálezu výslovně stanovena a podložena závažnými důvody. Jak již napovídá označení "negativní zákonodárce", které je často pro Ústavní soud při výkonu jeho derogační pravomoci používání, lze zde prakticky vysledovat analogii s pravidly, která se co do přípustnosti retroaktivity uplatňují ve vztahu k právním předpisům.

⁴² Viz nález Ústavního soudu ze dne 2. 9. 2010, sp. zn. II.ÚS 860/10.

⁴³ Uvedený nález vyvolal obavy zejména ve vztahu k již proběhnuvším řízením ve věcech trestných činů na úseku daní vzhledem k tomu, že řada důkazních materiálů pro daná řízení byla získána díky prohlídkám, které byly nařizeny právě dle zrušené části ustanovení trestního řádu.

⁴⁴ Viz nález Ústavního soudu ze dne 2.9.2010, sp. zn. II.ÚS 860/10.

⁴⁵ Viz stanovisko pléna Ústavního soudu ze dne 14. 12. 2010, sp. zn. Pl.ÚS-st 31/10.

⁴⁶ Tamtéž.

Rozhodování Ústavního soudu v roli "negativního zákonodárce" nicméně není typickým výkonem soudní moci. Dále tedy vezmeme v úvahu ostatní judikaturu Ústavního soudu, resp. soudů vyšších stupňů, zejména tedy Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu. Byť nejsou závazná pravidla nikde stanovena, zdá se, že na tyto situace lze analogicky aplikovat přístup uplatňovaný v systému common law na rozhodnutí, jimiž soudy vykládají ustanovení právních předpisů, jak byl tento popsán výše v části týkající se angloamerické právní kultury. Vzhledem k tomu, že prostřednictvím judikatury dochází v souladu s kontinentálněprávními idejemi pouze k výkladu právních předpisů, nikoli k tvorbě nového práva, jsou intertemporální účinky jednotlivých judikátů v zásadě závislé na časové působnosti toho kterého právního předpisu. Existuje zde tedy bezpochyby retroaktivní dosah judikatury, neboť v souladu s výše popsanou vázaností nižších soudů rozhodnutími soudů vyšších nezbytně dochází k aplikaci judikatorně formulovaných právních názorů na právní vztahy vzniklé před vynesením, resp. právní mocí předmětného judikátu. Tento závěr však, vzhledem k tomu, že soudce pouze vykládá existující právo, není nikterak překvapivý.

V této souvislosti je však nutno podotknout, že Ústavní soud setrvale zdůrazňuje prioritu hodnoty stálosti judikatury. "Judikatura nemůže být bez vývoje a není vyloučeno, aby (a to i při nezměněné právní úpravě) byla nejen doplňována o nové interpretační závěry, ale i měněna. Změna rozhodovací soudní praxe, zejména jde-li o praxi nejvyšší soudní instance povolané i k sjednocování judikatury nižších soudů, je ovšem ve své podstatě jevem nežádoucím, neboť takovouto změnou zjevně je narušen jeden z principů demokratického právního státu, a to princip předvídatelnosti soudního rozhodování."⁴⁷ Ústavní soud nadto vyzdvihl maximu vázanosti vlastními rozhodnutími ve věcech se stejným skutkovým či právním základem, která platí nejen pro rozhodování Ústavního soudu, ale i soudů obecných s tím, že změna judikatury je přípustná jen ze závažných důvodů a při důkladném zvážení případných negativních dopadů.⁴⁸

V návaznosti na shora uvedené závěry lze konstatovat, že ač judikatura formálně pramenem práva v České republice není, její normativní význam je nezpochybnitelný a retroaktivní účinky, ve výše popsaném smyslu, v zásadě nevyhnutelné. Co se týče zásady vázanosti vlastními rozhodnutími, lze ji považovat za jakousi obdobu principu stare decisis typického pro právní kulturu common law, od níž se český právní řád, co se týče problematiky intertemporálních účinků soudních rozhodnutí, neodlišuje tak, jak by se na první pohled dalo předpokládat.

⁴⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 18. 4. 2007, sp. zn. IV.ÚS 613/06.

⁴⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 11. 6. 2003, sp. zn. Pl.ÚS 11/02.

NĚKOLIK POZNÁMEK K INTERTEMPORÁLNÍM ÚČINKŮM JUDIKATURY ESD

Co se týče intertemporálních účinků judikatury ESD, je obecným pravidlem, že rozhodnutí tohoto soudního orgánu se typicky vyznačují retroaktivními účinky. Uplatňuje se zde fikce obdobná výše popsané deklaratorní teorii vyvinuté v právní kultuře common law; má se za to, že ESD deklaruje a vykládá právo tak, jak stojí a jaký byl vždy jeho obsah⁴⁹. V tomto smyslu se ostatně v několika svých rozhodnutích vyjádřil i sám ESD, podle nějž "výklad, který při výkonu pravomocí svěřených mu článkem 234 Smlouvy (bývalý článek 177) Soud připisuje pravidlům komunitárního práva objasňuje a upřesňuje, kde je to nezbytné, význam a sféru působnosti toho kterého pravidla, a to tak, jak musí nebo by měly být chápány a aplikovány od samého počátku své účinnosti. Z uvedeného vyplývá, že norma, která je předmětem výkladu, musí být soudy aplikována i na právní vztahy, které vznikly a byly založeny před tím, než Soud předmětný výklad podal."⁵⁰

Je tedy zřejmé, že pojetí intertemporálních účinků judikatury ESD je opravdu nejbližší zmiňované deklaratorní teorii. Ve vztahu k právním řádům jednotlivých členských států se její retroaktivní vliv projevuje i ve vztahu k právním předpisům přijatým před vstupem toho kterého státu do Evropské unie. Jak totiž dovodil Ústavní soud, skutečnost, že jurisdikce ESD není ve vztahu k jednotlivým členským státům dána před jejich vstupem do Evropské unie, "však vnitrostátní orgány nezbavuje povinnosti eurokonformního výkladu domácího práva implementujícího příslušný komunitární předpis před vlastním přistoupením státu do EU"⁵¹. Ústavní soud zároveň upozornil na "judikaturu Evropského soudního dvora, která v této oblasti rozšířila povinnost eurokonformního výkladu domácího práva dokonce mimo rámec časové působnosti norem komunitárního práva."⁵² V témže nálezu následně Ústavní soud zmínil relevantní judikaturu ESD⁵³, v níž dle vyjádření Ústavního soudu "ESD dovodil povinnost vykládat "ve světle" komunitárních norem nejen ustanovení domácího práva

⁴⁹ Viz Vording, H. - Lubbers, A.: The ECJ, retrospectivity and the Member States' tax revenues. In: British Tax Review, 2006(1), s. 91.

⁵⁰ Viz rozhodnutí ESD č. C-262/96 ze dne 4.5.1999 ve věci Sürül v Bundesanstalt für Arbeit. Citovaná pasáž je překladem z anglického textu rozhodnutí, neboť oficiální verze v českém jazyce není k dispozici.

⁵¹ Nález Ústavního soudu ze dne 6.11.2007, sp. zn. II.ÚS 3/06.

⁵² Tamtéž.

⁵³ Tamtéž, bod 46. Ústavní soud zmiňuje rozsudek č. C-106/89 ze dne 13. 11. 1990 ve věci Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA., rozsudek č. C-334/92 ze dne 16. 12. 1993 ve věci Teodoro Wagner Miret v. Fondo de Garantía Salarial nebo rozsudek č. C-91/92 ze dne 14. 7. 1994 ve věci Paola Faccini Dori a Recreb Srl.

implementující komunitární předpis (směrnici), ale též národní právo jako celek, a to bez ohledu na to, zda se jedná o domácí legislativu přijatou po příslušném komunitárním předpisu nebo domácí právní normy předcházející přijetí komunitárního předpisu".

ZÁVĚR

Na základě srovnání českého právního řádu s britským systémem common law co do intertemporálních účinků soudních rozhodnutí se nabízí závěr, že řada rozdílů mezi těmito představiteli dvou odlišných velkých právních systémů je spíše teoretického rázu a v praxi se fakticky nezřídka stírá. Dalo by se říci, že nejsilněji se retroaktivní povaha judikatury projevuje v případech rozhodnutí ESD, která jsou závazná pro soudy v obou srovnávaných státech, coby členech Evropské unie.

Z hodnotového hlediska lze k retroaktivním účinkům soudních rozhodnutí, jak byly popsány výše, vyslovit názor, že uplatňuje-li se retroaktivní účinek judikatury tam, kde soud daným judikátem vykládá právní předpis, je nesporným pozitivem fakt, že díky tomuto postupu je zamezeno nerovnosti, která by vznikla v důsledku uplatňování jiných právních pravidel před a po vykonatelnosti daného judikátu.

Byť je retroaktivita obecně považována za jev, který je v právu nežádoucí a jež má negativní dopady na předvídatelnost práva, právní jistotu a legitimní očekávání, je z předcházejících částí tohoto příspěvku zřejmé, že v oblasti soudních rozhodnutí, je retroaktivita jevem velmi častým a prakticky nezbytným, jehož účinky mohou být zcela v souladu se zásadami demokratického právního státu.

Literature:

- Baker, P.: Retrospective tax legislation and the European Convention on Human Rights. In: British Tax Review, 2005 (1), ss. 1-9.
- Beatson, J.: The role of statute in the development of common law doctrine. In: Law Quarterly Review 2001, 117(Apr), ss. 247-272.
- Cummins, R.J.: The general principles of law, separation of powers and theories of judicial decisions in France. In: International & Comparative Law Quarterly, 1986, 35(3), ss. 594-628.
- Endicott, T.: Adjudication and the law, Oxford Journal of Legal Studies, 2007, 27(2), ss. 311-326.

- Juratowitch, B.: Retroactivity and the Common Law. In: Law Quarterly Review 2008, 124 (Oct), ss.712-715.
- Langenbucher, K.: Argument by analogy in European law. In: Cambridge Law Journal, 1998, 57(3), ss. 481-521.
- Milsom, S.F.C.: The Natural History of Common Law. Columbia University Press, 2003, 184 s., ISBN 9780231129947.
- Sampford, C.: Retrospectivity and the Rule of Law. In: Public Law 2009, Jan, ss. 186-191.
- Sheehan D. - Arvind, T. T.: Prospective overruling and the fixed-floating charge debate. In: Law Quarterly Review, 2006, 122(Jan), ss. 20-25.
- Tur, R.H.S.: Time and law. In: Oxford Journal of Legal Studies 2002, 22(3), ss. 463-488.
- Vording, H. - Lubbers, A.: The ECJ, retrospectivity and the Member States' tax revenues. In: British Tax Review, 2006(1), ss. 91-112.
- Zapletalová, D. - Tuza, J.: Význam soudních precedentů v obchodním právu. In: Podnikanie na poľnohospodárskej pôde vo vazbe na rozvoj vidieka. Nitra: SPU v Nitre, ISBN 978-80-8069-872-0, ss. 212-215.

Judikatura ESD:

- Rozhodnutí ESD č. 6/64 ze dne 15. 7. 1964 ve věci Costa v ENEL
- rozhodnutí ESD č. 70/83 z 22. února 1984 ve věci Kloppenburg v Finanzamt Leer
- rozhodnutí ESD č. 74/74 ze dne 15. června 1976 ve věci CNTA v Commission
- rozhodnutí ESD č. 98/78 z 25. ledna 1979 ve věci Racke v Hauptzollamt Mainz
- rozhodnutí ESD č. C-262/96 ze dne 4.5.1999 ve věci Sürül v Bundesanstalt für Arbeit
- rozhodnutí ESD č. C-322/93 ze dne 16. června 2004 ve věci Peugeot.

Judikatura ESLP:

- rozhodnutí ESLP č. A (79) 30 ze dne 26. dubna 1979 ve věci Sunday Times v Spojené království Velké Británie a Severního Irska
- rozhodnutí ESLP č. C (84) 57 ze dne 2. srpna 1984 ve věci Malone v Spojené království Velké Británie a Severního Irska

Judikatura českých soudů:

- nález Ústavního soudu ze dne 11. 6. 2003, sp. zn. Pl.ÚS 11/02.
- nález Ústavního soudu ze dne 18. 4. 2007, sp. zn. IV.ÚS 613/06
- nález Ústavního soudu ze dne 17. 7. 2007, sp. zn. IV.ÚS 451/05
- nález Ústavního soudu ze dne 6.11.2007, sp. zn. II.ÚS 3/06
- nález Ústavního soudu ze dne 8.6.2010, sp. zn. Pl.ÚS 3/09
- nález Ústavního soudu ze dne 2. 9. 2010, sp. zn. II.ÚS 860/10
- stanovisko pléna Ústavního soudu ze dne 14. 12. 2010, sp. zn. Pl.ÚS-st 31/10
- usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 27. 4. 2006, sp. zn. 29 Odo 551/2006
- rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 3. 12. 2009, sp. zn. 30 Cdo 2811/2007
- rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 8. 2006, č.j. 1 Aps 2/2006 - 72.

Judikatura britských soudů:

- rozhodnutí House of Lords ze dne 30.6.2005 ve věci Spectrum, [2005] UKHL 41

Contact – email

martina.pechackova@gmail.com

KONCEPCIE RETROAKTIVITY

MONIKA SMOLEŇOVÁ

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika Košice,
Slovenská republika

Abstract in original language

Koncepcie spätnej časovej pôsobnosti právnej normy.

Odpoveď na otázku v akom prípade je právny predpis retroaktívny, nachádzame v jednotlivých koncepciách spätnej pôsobnosti právnej normy. V teórii práva je za spätnú časovú pôsobnosť právnej normy považovaná jej vlastnosť pôsobiť do minulosti. Táto vlastnosť právnej normy je všeobecne uznávaná vo všetkých koncepciách. Nejednotnosť jednotlivých koncepcií je v spätnom zásahu do konkrétnych právnych kategórií (ich absencia), alebo ďalšie podmienky, zdôvodňujúce retroaktivitu právnej normy.

Key words in original language

zákaz retroaktivity, pravá retroaktivita, nepravá retroaktivita, nadobudnuté práva.

Abstract

Conception of the backward temporal effect of legal rule.

We find the answer to the question in what case is the legal rule retroactive in individual conceptions of backward temporal effect of legal rule. In legal theory the backward temporal effect of legal rule is characterized by having effect into past. This characteristic of legal rule is generally recognized in all conceptions. Disunion of individual conceptions has backward interference into specific legal categories (their absence) or further conditions reasoning retroaction of legal rule.

Key words

Restriction of retroaction, true retroaction, false retroaction, acquired rights.

ÚVOD

Pojem retroaktivita je latinského pôvodu a skladá sa zo slovného spojenia výrazov retro a agere. Retro znamená späť, naspäť, dozadu; agere hnať, naháňať, poháňať.¹ Retro agere znamená v pôvodnom význame „hnať späť“. Teória práva v súvislosti s retroaktivitou dôsledne diferencuje medzi pojmami aretroaktivita, pravá retroaktivita a nepravá retroaktivita.

„Zo samotnej povahy práva vyplýva princíp aretroaktivity, čo znamená, že právne normy v zásade pôsobia do budúcnosti. Iba výnimočne je v normatívnych aktoch výslovne stanovené, že právna norma má spätnú pôsobnosť.“²

¹ PRAŽÁK, J. M., NOVOTNÝ, F., SEDLÁČEK, J.: Latinsko – český slovník. Praha 1999, s. 55 a 1153.

² BRÖSTL, A.-DOBROVIČOVÁ, G.-KANÁRIK, I.: Teória práva. Košice 2007, s. 80.

Príspevok poskytuje prehľad koncepcií retroaktívneho časového pôsobenia právnych predpisov. Kritérium pre systematizáciu jednotlivých teórií je existencia (absencia) predchádzajúcej právnej úpravy.

1. KONCEPCIE, PRE KTORÝCH EXISTENCIU JE NEVYHNUTNÁ PREDCHÁDZAJÚCA PRÁVNA ÚPRAVA.

Tieto koncepcie sú založené na predchádzajúcej právnej úprave, ktorá sa zmenila novelou. Práve táto novela spätne časovo pôsobí do minulosti a negatívnym spôsobom upravuje právne postavenie dotknutých subjektov. Patria tu koncepcie založené na zásahu do právnych kategórií.³

Koncepcie stanovujú, do akej právnej kategórie musí daný právny predpis zasiahnuť, aby bol považovaný za retroaktívny. Právna kategória je v právnom poriadku presne definovaná. Medzi právne kategórie zaradujeme:

- nadobudnuté práva,
- právne skutočnosti,
- právne následky (právneho vzťahu, ktoré vznikli za účinnosti lex prior. Môžu byť už ukončené, pretrvávajúce alebo očakávané),
- právne vzťahy (a to nie len obsah právneho vzťahu, ale aj podmienky jeho vzniku),
- právne situácie na ktoré sa viažu právne následky.

1. 1. Teória zásahu do nadobudnutých práv (Iura quaesita).

Problém retroaktivity sa prekrýva s teóriou nadobudnutých práv (iura quaesita). Podstatnou otázkou z hľadiska pravej a nepravej retroaktivity je ochrana nadobudnutých práv. Pojem iura quaesita nepochádza z rímskeho práva, aj keď to názov právneho inštitútu evokuje. „Na prelome 13. a 14. storočia sa tento pojem začína objavovať v intertemporálnych pravidlách. V 15. storočí sa stáva bežným pojmom právnickej teórie a praxe. V 18. storočí je pojem zásah do nadobudnutých práv (ochrana nadobudnutých práv), prepracovaný na základe prirodzenoprávnej teórie. Následne je využívaný v ústavných listinách, ako aj pri kodifikácii právnych odvetví.”⁴ Ochranu nadobudnutých práv, treba odlišiť od zákazu retroaktivity. Ide o dva odlišné, aj keď súvisiace inštitúty práva. Odlišnosť nachádzame v pôsobení nového zákona v minulosti, ale aj pre budúcnosť.

Pôsobenie nového zákona v **minulosti** pri zákaze retroaktivity a pri ochrane nadobudnutých práv.

Spoločným prvkom je zákaz negatívneho zásahu nového právneho predpisu v minulosti.

Koncepcia retroaktivity (spätnej časovej pôsobnosti nového zákona) odráža právny princíp – zákony nemajú pôsobiť spätne. Pri retroaktivite nemusí negatívny zásah bezpodmienečne súvisieť s konkrétnym „starým” zákonom. Nový zákon reguluje konkrétny právny vzťah bez ohľadu na skutočnosť, či už bol v minulosti tento právny vzťah právne regulovaný,

³ PETRLÍK, D.: Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha 2005. s.35.

⁴ FIALA, J.: Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu. Právník, 138, 1999, č.3, s.250.

alebo právna regulácia tohto právneho vzťahu v právnom poriadku absentovala.

Koncepcia ochrany nadobudnutých práv odráža právny princíp – nové zákony nemajú zasahovať do už nadobudnutých práv. Podstatný na tejto koncepcii je práve zásah (interferencia) do už nadobudnutého práva. Nový predpis je limitovaný legálne nadobudnutými právami, ktoré musia byť rešpektované. Nemôže tieto práva spätne zrušiť, ani zhoršiť postavenie oprávneného subjektu. To však nevylučuje nadobudnuté práva pro futuro zlepšiť. Zo samotného pojmu „nadobudnuté právo“ logicky vyplýva predchádzajúca právna regulácia, na základe ktorej oprávnený subjekt práva toto konkrétne subjektívne právo nadobudol. Inak povedané, teória zásahu do nadobudnutých práv, na rozdiel od retroaktivity, počíta s predchádzajúcou právnou úpravou konkrétneho právneho vzťahu a predpokladá novú právnú úpravu, ktorá do predmetného nadobudnutého práva zasiahne negatívnym spôsobom.

Pôsobenie nového zákona v **budúcnosti** pri zákaze retroaktivity a pri koncepcii ochrany nadobudnutých práv.

Ďalším rozdielom, ak porovnávame predmetné právne inštitúty, je pôsobenie nového právneho predpisu pri zákaze retroaktivity. Ak nový právny predpis upravuje právne vzťahy, alebo právne následky týchto vzťahov odlišne, ale až od doby po vzniku účinnosti nového právneho predpisu, takýto nový právny predpis nie je retroaktívny, resp. ide o nepravú retroaktivitu. Zákaz retroaktivity nemôže zamedziť zásahu nového právneho predpisu pri modifikácii právneho postavenia subjektov práva do budúcnosti.

Koncepcia ochrany nadobudnutých práv ide vo svojej ochrane ďalej. Predovšetkým, rovnako ako pri zákaze retroaktivity nepripúšťa zmeny ex tunc a navyše nepripúšťa ani zmeny ex nunc. Naďalej uchováva (aj pre budúcnosť) legálne nadobudnuté subjektívne práva, garantuje oprávnenému subjektu nedotknuteľnosť dosiahnutého právneho stavu.

Ochrana nadobudnutých práv sa však nevzťahuje na všetky práva a právom chránené záujmy. Z ochrany sú vylúčené tzv. práva verejné, kde proti záujmu na ich zachovanie, stojí dôležitejší záujem spoločnosti na ich zmene. Právna teória priznáva ochranu konkrétnym, subjektívnym právam s individuálnym obsahom, ktoré už právny subjekt nadobudol. Ide hlavne o práva majetkovej povahy, ktoré vznikli individuálnym konaním, v dôvere v stálosť právneho poriadku. Výnimku z ochrany týchto nadobudnutých práv, tvoria práva nadobudnuté v rozpore s dobrými mravmi alebo v rozpore s medzinárodnými zmluvami o ľudských právach a základných slobodách.

V teórii zásahu do nadobudnutých práv je právna norma retroaktívna, ak spätne zasahuje do už nadobudnutého práva, to znamená do práva, ktoré sa stalo riadne našim, ktorého sme nositeľmi a ktorého nás iný subjekt nemôže zbaviť bez nášho súhlasu. Podľa tejto teórie, ak má právna norma dopad na očakávanie subjektu, že určité právo ešte len nadobudne, retroaktívna nie je (na rozdiel od teórie ochrany legitímnych očakávaní). Zásadný rozdiel je medzi nadobudnutým právom a očakávaním.

Teória zásahu do nadobudnutých práv je podrobovaná kritike. Dôvodom je nedostatočnosť kritéria nadobudnuté právo. Na základe tohto

kritéria nemožno dospieť k záveru, kedy je právny predpis retroaktívny vo všeobecnosti. Zásah do nadobudnutého práva je len jednou z modalít retroaktívneho pôsobenia právnej normy.

Výklad pojmu nadobudnuté práva nachádzame aj v judikatúre Ústavného súdu SR.

„V preskúmvanej veci nedošlo k zásahu do nadobudnutých práv, pretože nájomníci, ktorí nepožiadali o prevod bytu, nenadobudli žiadne subjektívne práva. Napadnuté ustanovenie zároveň žiadnym spôsobom nezasiahlo do nadobudnutých práv tých nájomcov, ktorí v čase pred účinnosťou napadnutej normy (materiálne pred 1. augustom 1995) požiadali o prevod bytu do svojho vlastníctva. Ústavný súd sa tu musel argumentačne vysporiadať s rozdielom medzi „subjektívnym právom“ požiadať o prevod bytu a subjektívnym právom na prevod bytu. Ústavný súd v okolnostiach danej veci aplikuje klasické poňatie nadobudnutých práv, pretože jediným a jednorázovým úkonom potrebným na získanie nadobudnutého práva bolo požiadanie o odpredaj bytu. Takýmito nadobudnutými právami v užšom slova zmysle sú také práva, ktoré vzišli zo skutkových podstatí, ktoré za panstva starého zákona úplne nastali (boli dokonané). **Nadobudnuté právo je tu logickým dôsledkom vzťahu abstraktnej normy a dokonanej skutkovej podstaty.** Opakom už nadobudnutých práv sú len možnosti a nádeje, ktoré konkrétnym osobám poskytoval starý právny predpis na základe abstraktnej skutkovej podstaty pre prípad, že by skutková podstata bola bývala dokonaná v čase platnosti starého právneho predpisu. Za nadobudnuté možno v predmetnej veci považovať len subjektívne práva vzniknuté po dokonaní skutkovej podstaty, pretože opak by znamenal absurdnú nezmeniteľnosť právnej úpravy. V zmysle uvedeného je nadobudnutým právom len právo na prevod bytu, nie právo požiadať o prevod bytu.”⁵

Samotný pojem nadobudnuté právo (zásah do nadobudnutého práva) je relevantným pojmom hlavne v oblasti základných ľudských práv a slobôd, v záväzkovom práve a pri majetkových právach.

Pojem nadobudnuté práva považujeme za právny inštitút používaný v teórii práva aj v judikatúre súdov. Významná časť aktuálnej rozhodovacej činnosti Ústavného súdu SR súvisí práve so zásahom do nadobudnutých práv subjektov práva. Náhle zmeny pravidiel v tejto oblasti sú citlivo vnímané a preto im ústavný súd venuje náležitú pozornosť. Každý prípad je špecifický a vyžaduje si dôkladné zhodnotenie všetkých okolností.

„S inštitútom právnej istoty v právnom štáte úzko súvisí požiadavka zachovania legálne nadobudnutých práv. Vo všeobecnom vyjadrení to znamená, že nikomu nemožno odňať jeho riadnym spôsobom nadobudnuté práva na základe neskoršie vydaného právneho predpisu. Zo širšieho hľadiska treba túto požiadavku chápať tak, že je neprípustné odňať nadobudnuté práva, resp. ich obmedziť ex tunc, t.j. do minulosti, pred účinnosťou nového zákona. Táto požiadavka ako imanentná súčasť právnej istoty sa vzťahuje predovšetkým na základné práva a slobody, ktoré sú

⁵ PL. ÚS 10/04. Nález zo 6. februára 2008. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu Slovenskej republiky 2008.

v zmysle čl. 12 ods. 1 Ústavy SR neodňateľné, nescudziteľné, nepremlčateľné a nezrušiteľné.”⁶

„Strata možnosti poskytovať lekárenskú starostlivosť vo verejných lekárňach a ich pobočkách právnickou osobou na základe zmeny právnej úpravy znamená aj obmedzenie jej vlastníckeho práva nad nevyhnutnú mieru a v rozpore s verejným záujmom. Takéto obmedzenia sú v rozpore s princípom právneho štátu, s právnou istotou, ktorá zahŕňa dôveru občana v právo a navyše aj v ochranu nadobudnutých práv, osobne majetkových (vlastníckych) práv.”⁷

Na tomto mieste je potrebné upozorniť, že **právny štát nepovažujeme za princíp práva**, ale za určitú charakteristiku, kvalitu, ideál, ktorého obsahom sú princípy právneho štátu. Právny štát je pojem obsahovo širší ako pojem právny princíp. Z koncepcie právneho štátu vyplývajú jednotlivé právne princípy, ktorých dodržiavanie (sankcionovanie ich porušovania) vypovedá o tom, nakoľko, do akej miery je ten, ktorý štát aj štátom právnym.

Na základe predošlého možno vymedziť vzťah retroaktivity a zásahu do nadobudnutých práv.

Koncepty retroaktivity a nadobudnutých práv sú odlišnými spôsobmi nazerania na časové súvislosti novej právnej úpravy. Otázkou či nastala retroaktivita, sa pýtame, či právna norma reguluje udalosti, ktoré nastali pred jej účinnosťou. Otázkou či bolo zasiahnuté do nadobudnutých práv, sa pýtame, či nová právna norma zasahuje do subjektívnych práv, ktoré vznikli v minulosti na základe starej právnej úpravy. Uvedené koncepty môžu byť v prieniku. Lex posterior môže byť retroaktívny a zároveň bude zasahovať do už nadobudnutého práva. Ak by napr. retroaktívny zákon stanovil iné (odlišné) právne následky pre skutkové okolnosti, ktoré nastali pred jeho účinnosťou, pričom pred jeho účinnosťou by na základe týchto skutkových okolností už konkrétne subjekty nadobudli subjektívne práva. Z tohto dôvodu môžeme vymedziť interferenciu do nadobudnutého práva ako právnu oblasť retroaktivity sui generis. **Každý neskorší právny predpis, ktorým sa spätne negatívne zasiahne (pozitívny zásah je prípustný) do už nadobudnutého práva, musí byť súčasne retroaktívny. Nie každý neskorší retroaktívny právny predpis musí zasiahnuť aj do už nadobudnutého práva.**

1. 2. Teória okamžitého účinku nového zákona.

Druhá koncepcia retroaktivity, ktorá sa opiera o zásah do právnej kategórie, má korene vo francúzskom práve, v diele P. Roubiera. Je to koncepcia zásahu do **právnej situácie** (situation juridique) určitého subjektu práva, na ktorú sa viažu určité právne následky. Pojem právna situácia nemá subjektívnu povahu a neviaže sa ku konkrétnemu právu, alebo konkrétnemu právnemu vzťahu. Preto je potrebné právnu situáciu chápať širšie ako pojem nadobudnuté právo aj ako pojem právny vzťah. Za právnu

⁶ PL. ÚS 16/95. Nález z 24.mája 1995. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu Slovenskej republiky 1995, s.49.

⁷ PL. ÚS 37/99. Nález z 25.mája 1999. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu Slovenskej republiky 1999, čiastka 59, pod č. 122/1999.

situáciu považujeme právne postavenie veriteľa, dlžníka, manžela, daňovníka, občana ap.

Zásadnými pojmami tejto teórie sú podmienky vzniku (zániku) právnej situácie a právne následky ktoré už nastali (*effets passés*). V teórii okamžitého účinku je právna norma retroaktívna, ak spätne zasahuje práve do týchto kategórií. Retroaktívnym právnym predpisom by bol nový právny predpis, ktorý by spätne, nanovo a odlišne od pôvodného právneho predpisu upravoval podmienky vzniku manželstva (právnú situáciu manželov), uzavretého pred vyhlásením nového právneho predpisu.

Naproti tomu nový právny predpis nie je retroaktívny, ak upravuje následky právnej situácie, ktoré ešte nenastali a to okamihom jeho vyhlásenia, poprípade nadobudnutím účinnosti. Takéto pôsobenie nového právneho predpisu predmetná teória poníma ako okamžitý účinok nového normatívneho aktu. V tomto prípade musí byť splnená podmienka nezasahovania do vzniku právnej situácie a následkov ktoré už nastali.

Nespochybniteľný význam tejto koncepcie je v definovaní nepravnej retroaktivity. Ak má teória okamžitého účinku nového zákona stanoviť kritéria, kedy je právny predpis retroaktívny, máme za to, že predmetná teória by nemala byť pomenovaná ako teória okamžitého účinku nového zákona, ale teória zásahu do právnej situácie a právnych následkov, ktoré už nastali. Pojem teória okamžitého účinku nového zákona evokuje skôr stanovenie kritérií pre nepravú retroaktivitu. Okamžite od účinnosti nového právneho predpisu dochádza k zmene právnych následkov, ktoré z právnej situácie ešte nenastali (napr. povinnosť platiť školné odo dňa nadobudnutia účinnosti právneho predpisu).

„V prípade nepravnej spätnej účinnosti je zákonodarca v lepšej pozícii. V každom konkrétnom prípade sa tu dostáva k slovu hodnotiaca úvaha medzi právom štátu ďalej rozvíjať svoje zákonodarstvo a prispôbovať ho novým problémovým situáciám a medzi dôverou občana v trvalosť právnej úpravy, ktorá je pre neho priaznivá. Inak vyjadrené – medzi významom zákonodarného projektu pre všeobecné blaho a rozsahom „poškodenia dôvery“, spôsobeného zmenou zákona.”⁸

„Viacerí autori⁹ nepravú spätnú účinnosť v skutočnosti (*ex definitione*) nepovažujú za spätnú účinnosť. Takisto sa prikláňam k tomuto názoru. Nepravé spätné pôsobenie zákona totiž naozaj nezakladá nijaké právne následky pre minulosť. Iba znamená, že nový zákon minulé skutočnosti zachytáva a inak ich kvalifikuje, alebo že mení alebo ruší ich jestvujúce právne následky: to jest na skutkové podstaty, ktoré ich zakladajú, viaže pre budúcnosť iné práva a iné povinnosti ako doterajšie zákonodarstvo.”¹⁰

Teória okamžitého účinku novej právnej normy je v poňatí nemeckej, českej aj slovenskej právnej teórie označovaná za nepravú retroaktivitu.

⁸ BRÖSTL, A.: Právny štát. Medes, Košice 1995, s.89.

⁹ KNAPP, V.: Teorie práva. Plzeň 1994, s.81; GERLOCH, A. Teorie práva. 5. vyd. Plzeň 2009, s.91; HANUŠ, L.: Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice. Praha: 2008, s. 68.

¹⁰ Dielo citované v pozn. č. 8, s.88.

Práve na základe koncepcie okamžitého účinku nového zákona (vplyvom diela P. Roubiera) sa v angloamerickej, francúzskej aj v poľskej právnej vede používa termín „bezprostredné pôsobenie práva“, alebo „okamžitý účinok zákona“ („l'effet immediat de la loi nouvelle“).¹¹

Aj menovaná teória má svojich oponentov, ktorí jej vyčítajú, že je často problematické stanoviť ktoré následky z konkrétnej právnej situácie už nastali, ktoré pretrvávajú a ktoré ešte len nastanú.

Koncepcia okamžitého účinku nového zákona (tak ako aj koncepcia zásahu do nadobudnutých práv), predpokladá existenciu lex prior.

1. 3. Koncepcia prvého senátu Spolkového ústavného súdu.

Podľa judikatúry prvého senátu Spolkového ústavného súdu k retroaktivite právnej normy dochádza zásahom do právnej kategórie, ktorou je právna skutočnosť. „Prává retroaktivita nastáva len ak zákon následne zmení skutočnosti tvoriace hypotézu právnej normy (Tatbestände), ktoré sa už v minulosti uskutočnili.“¹² Právna skutočnosť je uskutočnená okamihom posledného prejavu vôle, ktorý vedie k jej vzniku.

Pojem Tatbestand zodpovedá pojmu hypotézy právnej normy. Je tou časťou právnej normy, ktorá stanovuje podmienky, za ktorých sa má realizovať pravidlo správania obsiahnuté v dispozícii. „Podmienky, ktoré obsahuje hypotéza právnej normy sa týkajú subjektov, objektov právnych skutočností.“¹³

Skutočnosť tvoriaca hypotézu právnej normy môže byť právny úkon, právna udalosť ale aj právny stav, alebo právny vzťah. Čo sa týka podmienky kedy skutočnosť už nastala (uskutočnila sa), nie je problematické určiť pri právnych úkonoch. Právny úkon je uskutočnený momentom posledného prejavu vôle potrebnému k jeho vzniku. Situácia je zložitejšia hlavne v hypotézach daňového práva. Skutočnosťou, ktorá zakladá daňovú povinnosť je napr. vlastníctvo nehnuteľnosti. Daňovník má povinnosť zaplatiť daň z nehnuteľnosti. Spolkový ústavný súd ale túto skutočnosť považuje za uskutočnenú (dokonanú) až po uplynutí zdaňovacieho obdobia. To znamená, ak zákonodarca v priebehu zdaňovacieho obdobia v novom právnom predpise upraví daňovú povinnosť (zvyší sadzbu dane), tento nový daňový predpis podľa predmetnej teórie nebude retroaktívny.

Predmetnej koncepcii je vytykané, že nechráni dostatočne subjekty práva pred zásahom zákonodarnej moci do minulosti, nakoľko práve zákonodarca sa môže vyhnúť zákazu retroaktivity svojou legislatívnou činnosťou.

Aj pre koncepciu prvého senátu Spolkového ústavného súdu je nevyhnutná existencia lex prior.

1. 4. Koncepcia preskriptívnej funkcie právnej normy.

¹¹ BERGEL, J. L.: *Théorie générale du droit*. 4. vyd. Paríž Dalloz 2003, s. 131.

¹² Bundesverfassungsgerichtentscheidungen 11, 139 (145).

¹³ BRÖSTL, A. - DOBROVIČOVÁ, G. - KANÁRIK, I.: *Teória práva*, Košice 2004, s.70.

Vychádza z francúzskej doktrínalnej filozofie L. BACHA, ktorý zastáva názor, že pri hľadaní kritéria spätnej časovej pôsobnosti je nevyhnutné vychádzať v prvom rade z funkcie právnej normy, ktorou je regulácia ľudského chovania. Právna norma ma stanoviť, aké ľudské chovanie je dovolené a aké je zakázané.

Podľa predmetnej filozofie je právny predpis retroaktívny, ak „jeho aplikácia vedie k tomu, že je za nedovolené prehlásené chovanie, uskutočnené pred jeho vyhlásením (poprípade nadobudnutím účinnosti), napriek tomu, že takéto chovanie bolo dovolené podľa skoršieho zákona a naopak.“¹⁴

Bachova koncepcia nedefinuje právnu kategóriu do ktorej má nový právny predpis negatívne zasiahnuť. Prvotným kritériom je ochrana právnej istoty subjektu práva. Nakoľko táto teória predpokladá existenciu predchádzajúcej právnej úpravy, nemožno ňou pokryť všetky prípady retroaktivity. Teda nie tie, kedy chovanie subjektu vôbec právnym predpisom regulované nebolo.

2. KONCEPCIE, PRE KTORÝCH EXISTENCIU NIE JE NEVYHNUTNÁ PREDCHÁDZAJÚCA PRÁVNA ÚPRAVA.

2. 1. Koncepcia ochrany legitímnych očakávaní.

Doktrína ochrany legitímnych očakávaní vychádza zo sociálnej filozofie „ak sú neisté hranice legitímnych očakávaní založených na zákone, je neistá aj sloboda.“¹⁵

Princíp ochrany legitímnych očakávaní vyplýva z princípu právnej istoty. Tento právny princíp je všeobecne uznávaný vo všetkých členských štátoch EÚ. „Požiadavka právnej istoty sa rovnakou mierou vzťahuje na platné vnútroštátne normy v oblastiach upravených právom EÚ.“¹⁶

Ochrana legitímnych očakávaní je podobná koncepcii nezasahovania do nadobudnutých práv. Rozdiel je v tom, že pokiaľ ide o nezasahovanie do nadobudnutých práv, musí ísť o právo, ktoré už nadobudnuté bolo. Pri ochrane legitímnych očakávaní je **ochrana poskytovaná aj právnomu nároku**, to znamená právu, ktoré ešte nebolo nadobudnuté, ale dotknutý subjekt nadobudnutie tohto práva legitímne očakáva. To znamená, že dotknutý subjekt legitímne očakáva, že jeho právna (skutková) situácia ostane v budúcnosti zachovaná, alebo že sa v budúcnosti zlepší. Ak nový právny predpis tieto legitímne očakávania negatívne zasiahne (situácia sa zhorší), je nový právny predpis retroaktívny. Podstatným pojmom v predmetnej teórii je pojem „legitímne očakávanie“. Podľa judikatúry Súdneho dvora EÚ rešpektovanie legitímneho očakávania je posudzované na základe kritéria predvídateľnosti. „Rešpektovanie legitímnych očakávaní nadobúda osobitný význam v súvislosti s retroaktívnou aplikáciou práva. Porušenie tohto princípu nastáva, ak je retroaktívny predpis vydaný náhle

¹⁴ BACH, L.: Contribution a l'étude du problème de l'application des lois dans le temps, Revue trimestrielle de droit civil, 1969, s.405.

¹⁵ RAWLS, J.: Teorie spravedlnosti, Praha, 1995, s.145.

¹⁶ Case C-120/88 Commission v. Italy /1999/ ECR I-621, §11.

a nečakane. Súdny dvor EÚ konštatuje porušenie zásady legitímneho očakávania „ak opatrný a dobre informovaný hospodár nemohol s vydaním retroaktívnej právnej úpravy počítat.“¹⁷

V teórii ochrany legitímnych očakávaní nový právny predpis, ktorý negatívnym spôsobom zasiahne do právneho (skutkového) postavenia dotknutých subjektov nie je retroaktívny, ak nebol nepredvídateľný.

Koncepcia nezasahovania do legitímnych očakávaní je podrobovaná kritike z dôvodu nejasnosti pojmu legitímne očakávanie. Kedy je právny nárok už legitímny a kedy ešte nie, je dilema, ktorou sa zaoberajú ústavné súdy členských štátov EÚ, Súdny dvor EÚ, aj Európsky súd pre ľudské práva v Štrasburgu.

Doktrína ochrany legitímnych očakávaní vo väčšine prípadov predpokladá predchádzajúcu právnu reguláciu (ak ide o negatívny zásah do právnej situácie). Pri zásahu do skutkovej situácie sa ale predchádzajúca právna regulácia nevyžaduje.

2. 2. Koncepcia Súdneho dvora EÚ.

Koncepcia spätnej časovej pôsobnosti Súdneho dvora má najbližšie ku koncepcii spätnej časovej pôsobnosti druhého senátu Spolkového ústavného súdu.

Právny predpis podľa predmetnej koncepcie je retroaktívny, ak pôsobí na už ukončené situácie (právne alebo skutkové) existujúce pred jeho vyhlásením. Pojem situácie nemá tak jednoznačný význam, ako nadobudnuté práva, právne vzťahy, alebo právne skutočnosti. Je to zámerne vybraný všeobecnejší termín a to z dôvodu, že nie všetky právne poriadky členských štátov spájajú s konkrétnym právnym termínom aj rovnaký obsah. Pojem situácie je ďalej konkretizovaný v judikatúre Súdneho dvora. V ponímaní právneho poriadku Slovenskej republiky ide o právnu situáciu, s ktorou platný právny poriadok spája právne následky, čiže ide o právnu skutočnosť, ale aj tzv. skutkovú situáciu.

Skutkovou situáciou treba rozumieť určité konanie, ľudskú činnosť, s ktorou platný právny poriadok bezprostredne nespája právne následky.

Ako príklad môže poslúžiť rozsudok Súdneho dvora EÚ v prípade Crispoltoni¹⁸ a v prípade Rumi.¹⁹

V prípade Crispoltoni Súdny dvor konštatoval spätnú účinnosť nariadenia Komisie, ktorá stanovila tzv. maximálne zaručené množstvá pre určité odrody tabaku. Nadprodukcia tabaku mala mať za následok vrátenie časti poskytnutej dotácie na pestovanie danej odrody. Cieľom predmetného nariadenia bolo postupné znižovanie produkcie určitých odrôd tabaku. Nariadenie síce bolo zverejnené pred zberom plodiny, ale

¹⁷ PETRLÍK, D.: Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu, Linde Praha, 2006, s.102. (s odkazem na případy Amylum, Crispoltoni, Petridi, Meiko-Konservenfabrik a názory generálního advokáta Tesaro v případě SAFA a Mayrase v případě Union Malt)

¹⁸ Súdny dvor 11.7.1991, Crispoltoni, C 368/89, Recueil, s.I-3695.

¹⁹ Súdny dvor 16.2.1982, Rumi, 258/80, Recueil, s.487.

až po jeho zasadení a následnom presadení. Formálne síce právny predpis reguloval produkciu pri zbere, v skutočnosti ale reguloval rozhodnutie pestovateľov pri presádzaní mladých rastlín na pole. Súdny dvor prehlásil toto nariadenie za retroaktívne.

V prípade Rumi, Komisia zverejnila 31. októbra 1980 rozhodnutie, v ktorom bola stanovená kvóta na výrobu ocele pre obdobie od 1. októbra 1980 do 31. decembra 1980. V tomto prípade Súdny dvor EÚ považoval za relevantnú skutkovú situáciu, ktorá ešte prebiehala (nebola ukončená). Výrobca ocele mohol svoju produkciu ešte ovplyvniť a tým sa vyhnúť prekročeniu kvóty. Z toho dôvodu vyhlásil Súdny dvor EÚ, že právny predpis nebude považovaný za retroaktívny. Sudcovia ale naznačili, že keby sa preukázalo, že určená kvóta bola prekročená už pred zverejnením daného právneho predpisu, daný predpis by za retroaktívny považovaný bol.

Podľa koncepcie Súdneho dvora EÚ, právny predpis je retroaktívny, ak upravuje situáciu (právnú alebo skutkovú), ktorá už bola ukončená pred dňom vyhlásenia normatívneho právneho aktu. Ak nový právny predpis zasiahne do ešte prebiehajúcej situácie, nebude považovaný za retroaktívny (rozsudok vo veci Rumi).

Na základe predošlého možno konštatovať, že podľa koncepcie Súdneho dvora EÚ je právny predpis retroaktívny, ak pôsobí na už ukončené, minulé právne, alebo minulé skutkové situácie s prihliadnutím na správanie subjektov práva. Táto koncepcia je v porovnaní s koncepciami pôsobiacimi na právne kategórie neformálna a pružnejšia. Je použiteľná na každé pôsobenie noriem v minulosti a je aplikovateľná na rôzne právne odvetvia.²⁰

Koncepcia Súdneho dvora EÚ, tak ako aj doktrína ochrany legitímnych očakávaní vo väčšine prípadov predpokladá predchádzajúcu právnú reguláciu (ak ide o negatívny zásah do právnej situácie). Pri zásahu do skutkovej situácie sa ale predchádzajúca právna regulácia nevyžaduje.

2. 3. Koncepcia druhého senátu Spolkového ústavného súdu.

Druhý senát Spolkového ústavného súdu s ohľadom na kritiku judikatúry prvého senátu Spolkového ústavného súdu, vytvoril novú koncepciu spätnej pôsobnosti. Koncepcia bola sformulovaná v zbierke súdnych rozhodnutí Spolkového ústavného súdu.

Predmetná teória používa namiesto pojmu pravá retroaktivita, pojem „spätne působenie právných následkov.“ Pojem nepravá retroaktivita, nahrádza pojmom „spätne naviazanie na skutečnost.“ V tomto prípade ide len o terminologickú odlišnosť. Obsah pojmov ostáva zachovaný.

Prínosom koncepcie druhého senátu Spolkového súdu je jej neformálnosť v prístupe k retroaktivite. Podľa tejto teórie právny predpis je retroaktívny, ak právne následky nového právneho predpisu majú nastať v dobe pred jeho vyhlásením. To znamená, že nová právna norma nejakým spôsobom v minulosti pôsobí. Toto pôsobenie má negatívny dopad na dotknuté subjekty, pričom nekonkretizuje na čo a akým spôsobom majú

²⁰ Bližšie pozri: PETRLÍK, P.: Retroaktivite právních předpisů v komunitárním právu. Praha 2005, s.35.

následky nového právneho predpisu pôsobiť (spätné pôsobenie právnych následkov).

Podľa tejto doktríny právny predpis nie je retroaktívny, ak nový právny predpis viaže právne následky na dobu po svojom vyhlásení, aj keď sa týkajú skutočností, ktoré nastali pred vyhlásením nového právneho predpisu (spätné naviazanie na skutočnosť - nepravá retroaktivita).

Pod takéto široké poňatie časovej spätnej pôsobnosti, možno subsumovať rôznorodé pôsobenie právnej normy do minulosti. Či už pôjde o zásah do nadobudnutých práv, o spätné ukladanie povinností, o odlišnú úpravu platnosti právneho úkonu, či o zásah do legitímnych očakávaní. Vzhľadom na neexistenciu taxatívneho výpočtu, je koncepcia druhého senátu Spolkového súdu všeobecne použiteľná na prípady, ktoré už boli právom regulované, aj na prípady právom doteraz neregulované.

2. 4. Koncepcia normatívnej právnej školy v Brne.

Medzi zakladateľov normatívnej právnej školy v Brne patril profesor František Weyr. Brnenská normatívna právna škola je spojená so založením právnickej fakulty v Brne v roku 1919. Problematikou retroaktivity právnych noriem sa v rámci normatívnej právnej školy v Brne zaoberalo viacero osobností, hlavne Adolf Procházka,²¹ Jaromír Sedláček,²² Jaroslav Krejčí,²³ Zdeněk Neubauer.²⁴

Definičným znakom normativistického pojmu retroaktivity nie je ani zásah do minulej právnej skutočnosti s účinkami ex tunc ani modifikácia právnych následkov, ktoré nastali podľa predchádzajúceho zákona s účinkami ex tunc. Jedna z týchto dvoch situácií bude síce častá, ale podľa normativistickej teórie je retroaktívny aj taký zákon, ktorý s účinkami ex tunc reguluje správanie dosiaľ právne neregulované, na základe skutočností doposiaľ právne nekvalifikovaných.

Predmetná teória je v zásade totožná s teóriou druhého senátu Spolkového ústavného súdu. Rozdiely sú zrejmé v terminológii. Pre obidve teórie je rozhodujúci zásah právnych následkov nového zákona do minulosti, bez ohľadu na predchádzajúcu právnu úpravu alebo jej absenciu.

ZÁVER

Jednotlivé koncepcie retroaktivity odôvodňujú, za akých podmienok je právny predpis retroaktívny. Ústavný súd SR si počas svojej existencie vybudoval vlastnú koncepciu retroaktivity a podmienky jej prípustnosti. Podstatná časť rozhodovacej činnosti ústavného súdu sa opiera o koncepciu ochrany nadobudnutých práv a o koncepciu ochrany legitímnych očakávaní.

Zákaz retroaktivity právnych noriem nie je možné absolutizovať. V právnej teórii európskych krajín rozlišujeme medzi pravou a nepravou

²¹ PROCHÁZKA, A.: Základy práva intertemporálneho se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. Brno 1928.

²² SEDLÁČEK, J.: Občanské právo československé. Brno 1931.

²³ KREJČÍ, J.: Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního. Praha 1933.

²⁴ NEUBAUER, Z.: Zpětná působnost zákonů. Časopis pro právní a státní vědu 1935, r. XVIII, s. 232 – 239.

retroaktivitou. Prává retroaktivita sa v zásade odmieta ako nezlučiteľná s princípom právneho štátu. Nepravá retroaktivita sa za určitých okolností akceptuje, ako prostriedok na dosiahnutie cieľov verejnej moci, ak sú tieto ciele v súlade so zásadami právneho štátu. Z vyššie uvedeného vyplýva, že v minulosti sa vyskytlo niekoľko výnimiek zo všeobecnej zásady nepripustnosti pravej retroaktivity. Tieto výnimky sú odôvodnené všeobecnými právnymi princípmi a zásadami, ktoré sú vždy aplikované na konkrétnu výnimočnú situáciu a unesú test proporcionality oproti princípu právnej istoty.

Použitá literatúra

BACH, L.: Contribution a l'étude du problème de l'application des lois dans le temps, Revue trimestrielle de droit civil, 1969, s. 405.

BERGEL, J.L.: Théorie générale du droit. 4. vyd. Paris Dalloz 2003, s. 131. ISBN 978-22-4705-185-4.

BRÖSTL, A.: Právny štát. Medes, Košice 1995, s. 89. ISBN 80-967499-0-0.

BRÖSTL, A.-DOBROVIČOVÁ, G.-KANÁRIK, I.: Teória práva. Košice 2007, s. 80. ISBN 80-7097-559-8.

FIALA, J.: Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu. Právník, 138, 1999, č.3, s. 250.

GERLOCH, A. Teorie práva. 5. vyd. Plzeň 2009, s. 91. ISBN 978-80-7380-233-2.

HANUŠ, L.: Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice. Praha: 2008, s. 68. ISBN-978-80-7400-035-5.

KNAPP, V.: Teorie práva. Plzeň 1995, s. 81. ISBN 80-7179-028-1.

KREJČÍ, J.: Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního. Praha 1933.

NEUBAUER, Z.: Zpětná působnost zákonů. Časopis pro právní a státní vědu 1935, r. XVIII, s. 232 – 239.

PETRLÍK, D.: Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha 2005. s. 35. ISBN 80-7201-558-3.

PETRLÍK, D.: Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu, Linde Praha, 2006, s. 102. (s odkazem na případy Amylum, Crispolti, Petridi, Meiko-Konservenfabrik a názory generálního advokáta Tesauro v případě SAFA a Mayrase v případě Union Malt)

PRAŽÁK, J. M., NOVOTNÝ, F., SEDLÁČEK, J.: Latinsko – český slovník. Praha 1999, s. 55 a 1153.

PROCHÁZKA, A.: Základy práva intertemporálního se zvláštním zretelem k § 5 obč. zák. Brno 1928.

RAWLS, J.: Teorie spravedlnosti, Praha, 1995, s. 145.

SEDLÁČEK, J.: Občanské právo československé. Brno 1931.

Judikatura

PL. ÚS 16/95. Nález z 24.mája 1995. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu Slovenskej republiky 1995, s.49.

PL. ÚS 37/99. Nález z 25.mája 1999. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu Slovenskej republiky 1999, čiastka 59, pod č. 122/1999.

PL. ÚS 10/04. Nález zo 6. februára 2008. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu Slovenskej republiky 2008.

Bundesverfassungsgerichtentscheidungen 11, 139 (145).

Súdny dvor 16.2.1982,Rumi, 258/80,Recueil,s.487.

Case C-120/88 Commission v. Italy /1999/ ECR I-621, §11.

Súdny dvor 11.7.1991, Crispoltoni, C 368/89,Recueil,s.I-3695.

Contact – email

smolenova@stonline.sk

ZÁSADA „NULLA POENA SINE LEGE“ V POLITICKÉM PROCESU.

MICHAL ŠKERLE

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

V zakladatelském období komunistického režimu v Československu se vzedmula obrovská vlna nezákonností, z nichž největší byly tzv. politické procesy, tedy vykonstruovaná soudní divadla, která režim vedl proti svým odpůrcům. Obžalovaní byli obviněni z řady trestných činů, které nespáchali a přiznání k nim pak na nich bylo vynuceno krutými výslechy a nátlakem. Při těchto procesech byly obžalovaných udíleny velmi vysoké tresty. V průběhu procesů byla porušena značná část tehdejšího právního řádu a byly hlavní ukázkou protiprávního jednání tehdejší státní moci. Tento příspěvek nazírá na politické procesy z pohledu dodržování zásady „nulla poena sine lege“ a posouzení výše trestů za činy, k nimž se obžalovaní přiznali.

Key words in original language

Zásada „nulla poena sine lege“, politický proces, trestní řízení, trest smrti, trestní zákon, komunismus

Abstract

In the period of the establishment of the Communist regime in Czechoslovakia a huge wave of illegalities began. The worst of these illegalities were political trials, constructed as a legal theatrical performance against communist opponents. The defendants were accused of many crimes, but they did not commit these crimes and their confession to these crimes was obtained by harsh interrogation and psychological coercion. In these trials the most severe punishments were awarded. During political trials were violated many statutory instruments and it was an evidence of infringement of Communist state power. Paper at the conference is about compliance with the principle of „nulla poena sine lege“ in these trials.

Key words

The principle of „nulla poena sine lege“, political trial, criminal case, death penalty, Penal Code, Communism

V zakladatelském období komunistického režimu v Československu se vzedmula obrovská vlna nezákonností, z nichž největší byly tzv. politické procesy, tedy vykonstruovaná soudní divadla, která režim vedl proti svým odpůrcům a nakonec i proti svým vlastním lidem. Politické procesy

1 Toto období se obecně datuje do let 1948 – 1954.

provázely komunistický režim po celou jeho čtyřicetiletou poválečnou historii. Lze říci, že byly přirozenou součástí komunistického režimu a vládnutí během celé jeho existence. Politické procesy výrazně přispěly k rozvratu právního systému a vědomí společnosti, rozrušily vzájemné vztahy, lidská solidarita a pomoc postiženým se staly trestným činem, byla rozvrácená stupnice mravních a životních hodnot. Ve svém příspěvku popíši, jak komunisté obcházeli v podstatě legální cestou zásadu nulla poena sine lege v politických procesech a co jim to umožnilo. Nejprve je ale třeba se stručně zmínit o samotných politických procesech a důvodech, proč v nich komunisté udíleli tak vysoké tresty.

Statistiky obvykle zahrnují do politických procesů soudní případy podle zákona na ochranu republiky, lidově demokratické republiky, zvláštní či první hlavy trestního zákona. K zařazení soudních procesů k politickým slouží kromě uvedené trestní kvalifikace ještě několik rysů, které je vymezují v širším pojetí. Politické procesy jsou všechny soudní případy, o kterých rozhodovaly politické, nikoliv příslušné justiční instituce. Rozhodovací pravomoc politických institucí byla odvozena od mocensko-politického systému na principu komunistické monopolní moci. Kromě přímých zásahů do přípravy, průběhu a výsledků soudních řízení, o která měly stranické orgány na různé úrovni stupně zájem, působily i nepřímo, především ústřední instituce. Určovaly politickou linii a z ní vyvozované úkoly, kterými se řídily bezpečnostní a justiční orgány, dále vytvořily právní systém a normy, včetně jeho personálního obsazení. Tento systém umožňoval cestu k politickým procesům a dával jim právní a zákonnou podobu. Princip monopolní moci a právní systém a jeho praxe byly jedním z prvořadých zdrojů masové nezákonnosti, která tvořila základy, z něhož politické procesy vyrůstaly.²

Všechny politické procesy byly postaveny na hrubém porušování všech lidských práv a svobod zakotvených v ústavě a v zákonech existujícího režimu, tedy v jeho vlastních zákonech. Velká část politických procesů patřila právě do této kategorie tzv. trestných činů. Řada lidí byla odsouzena za činy, které nespáchali nebo jejich jednání bylo kvalifikováno jako trestné, ač takto myšleno vůbec nebylo. K tomu složily trestně právní předpisy, na jejichž vydání již měli komunisté rozhodující podíl. Jejich text byl mnohdy napsán právě tak, aby legalizoval věci, které v běžné demokratické společnosti jsou nepřijatelné a naopak – ze zcela legálních věcí udělal zločiny. Hlavní nezákonnosti lze detailně vysledovat v právu procesním, kdy právě příprava obžalovaných na proces, spočívající mimo jiné

²Pernes, J. – Foitzik, J. (eds.): Politické procesy v Československu po roce 1945 a „Případ Slánský“: sborník příspěvků ze stejnojmenné konference pořádané ve dnech 14-16. dubna 2003 v Praze. Brno: Prius, 2005, s. 107.

v fyzickém násilí, výhrůžkách a nedodržení jejich práv, představuje pestrou ukázkou bezpráví.

Politické procesy v podstatě představovaly vrcholný bod masové nezákonnosti. Byla to tehdy realizovaná forma existence totálního monopolu moci. Pro období do poloviny 50. let se procesy vyznačovaly velkým rozsahem a tvrdostí. Působily jako jeden z určujících faktorů politického dění a do značné míry spoluvytvářely podobu přítomného i budoucího života společnosti. Politické procesy rozhodně nebyly něčím nepřirozeným pro komunistický režim ani žádným omylem v řízení země. Byly záměrným cílem, součástí, produktem a prostředkem oficiální politiky. Nezákonné politické procesy jako prostředek politiky a s nimi spojená zvůle, násilí, politické a justiční zločiny a vraždy byly zcela novým a nezvyklým jevem československého politického života a zcela odporovaly jeho demokratické minulosti. V letech 1948-1953 se politické procesy staly zcela běžným prostředkem oficiální politiky.

Proti první velkým projevům nespokojenosti s komunistickým režimem, jako byl XI. všesokolský slet, jenž se konal na přelomu června a července 1948 nebo pohřeb prezidenta Beneše 8. září 1948, ještě komunisté použili ustanovení prvorepublikového Zákona č. 50/1923 Sb., na ochranu republiky, či retribuční normy. Bylo však jasné, že na velké procesy, které se plánovaly, tyto zákony již nestačí.

V hmotně právních otázkách proto komunisté potřebovali nástroj, který by jim umožnil účinně zastrašit a zlikvidovat byť jen i možné oponenty. Měl se jím stát Zákon č. 231/1948 Sb., na ochranu lidově demokratické republiky. Ten tedy nahradil prvorepublikový zákon na ochranu republiky a oproti tomuto zákonu přinesl řadu zásadních změn. Oproti zákonu z roku 1923 vytvořil zcela nové skutkové podstaty zločinů a přečinů. Takto třeba byl zaveden pojem velezrada. Za zločiny velezrady, útoků na život ústavních činitelů, vyzvědačství, válečného škůdnictví a tělesného poškození ústavních činitelů mohl být uložen trest smrti. Vedle těchto se objevila i řada jednání, která by za normálních okolností spadala mezi méně závažné delikty, popřípadě by v normální demokratické zemi byla zcela legální. Jedná se zejména o delikty hospodářské a delikt založený na nedovoleném opuštění republiky, kdy bylo v podstatě presumováno, že každé nedovolené opuštění země se děje za účelem škodit Československé republice. Komunisté již zřejmě počítali, že tento zákon bude pouze provizorní a jeho účinnost skutečně neměla dlouhého trvání. Zákon totiž nabyl účinnosti 24. října 1948 a o necelé dva roky později, k 31. červenci 1950, opět účinnosti pozbyl. Komunisté plánovali získat zákonný prostředek pro vypořádání se svými oponenty a v rámci právníkové dvouletky již také pracovali na novém trestním zákoně.

Řadu svých politických odpůrců komunisté sledovali již před únorem 1948 a připravovali se, že s nimi ihned zatočí, jakmile k tomu dostanou

příležitost. Zákon na ochranu republiky z roku 1923 jim však neposkytoval dostatečné prostředky a nový zákon na ochranu lidově demokratické republiky byl účinný zatím pouze chvíli. Komunisté však na své oběti připravovali řadu různých obvinění ze špionáže, spolčování proti republice, zneužití postavení duchovního a podobné zločiny, které měli obžalovaní páchat ještě před únorem 1948, často během války a někteří dokonce ještě před válkou. Kvůli zákazu retroaktivity by však proti nim nemohli použít nových trestněprávních předpisů. Jak si s tímto problémem tedy poradili?

Nejdříve je třeba vysvětlit, proč komunisté potřebovali udělovat tak vysoké tresty. Velký rozsah a tvrdost politických procesů v zakladatelském období režimu mělo několik příčin. 1. byl to sám obsah a charakter tzv. zakladatelského období režimu. Totální přestavba všech společenských oblastí byla takového tempa, že nutila ke změně způsobu života téměř všechny skupiny obyvatel. U mnohých obyvatel tlak moci vyvolal odpor proti režimu, někdy živelný, jindy vědomý. Politické procesy nejen ničily všechny formy odporu, ale měly i zastrašit všechny potenciální odpůrce. 2. působil tu odraz vyhroceného mezinárodně politického napětí. Studená válka, velmocenské plány SSSR a s nimi spojená výstavba velké armády a militarizace československé společnosti urychlovaly realizaci záměrů (např. kolektivizaci), které byly zdrojem politických procesů. Navíc rozšiřovaly okruh možných nepřátel a podezřelých. Těmi byli například ti, kdo měli styky s osobami na Západě a po vypuknutí tzv. sovětsko-jugoslávské roztržky i proti všem, kdo měli jakoukoliv spojitost s jugoslávským režimem. Politické procesy je měly všechny preventivně zneškodnit. 3. příčinou velkého rozsahu politických procesů byla také obava komunistů ze ztráty moci.³ Stav neustálého ohrožení režimu, který politikové a Bezpečnost propagovali vytvářel živnou půdu pro další a další procesy.

Zákon č. 231/1948 Sb. tedy měl být novým účinným nástrojem proti odpůrcům komunistického režimu do doby přijetí nového trestního zákoníku. Nový zákon měl po formální stránce připomínat zákon prvorepublikový, jeho obsah byl však velmi odlišný. Nejednoznačná formulace jednotlivých skutkových podstat, jakož i jejich svévolný výklad umožňoval označit za zločin i jednání, které bylo zcela normální a legální. Mezi nejčastěji zneužívaná ustanovení patřily velezrada, vyzvědačství, neoprávněné opuštění republiky, pobuřování proti republice a šíření poplašné zprávy.⁴ Například v roce 1949 bylo u Státního soudu nejvíce

³Kaplan, K.: Československo v letech 1948-1953. 2. část. Zakladatelské období komunistického režimu. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1991, s. 86.

⁴Gebauer, F. a kol.: Soudní perzekuce politické povahy v Československu 1948-1989. Statistický přehled. Sešity Ústavu pro soudobě dějiny AV ČR. Svazek 12. Praha: Ústav pro soudobě dějiny AV ČR, 1993, s. 118.

osob souzeno za velezradu (§ 1), dále za vyzvědačství (§ 5), sdružování proti státu (§ 2) a nepřekažení či neoznámení trestného činu. (§ 35).⁵

Zákon č. 231/1948 Sb. oproti prvorepublikovému předpisu ukládal na mnoha místech trest nejvyšší, tedy trest smrti. Trest smrti představoval jediný trest u kvalifikované skutkové podstaty velezrady, u kvalifikované skutkové podstaty vyzvědačství, popř. kvalifikované skutkové podstaty vyzvědačství proti spojenci, dále u zločinu válečného škůdnictví, popř. spolčení se s nepřítelem za účelem válečného škůdnictví, jestliže zde byla zvlášť přitěžující okolnost, u zločinu útoku na život ústavních činitelů a u kvalifikované skutkové podstaty tělesného poškození ústavních činitelů. Trest smrti mohl být rovněž uložen v případě válečné zrady, v souvislosti se zvlášť přitěžující okolností, přičemž zde se ale nabízela jako alternativa trestu smrti trest doživotí. Hlavní trest pak dle zákona představoval trest odnětí svobody, vedle něhož mohly být uloženy i tresty vedlejší jako peněžitý trest, konfiskace jmění, zabránění, propadnutí, ztráta živnostenského oprávnění a oprávnění vykonávat povolání, ztráta občanských práv, ztráta státního občanství, uveřejnění rozsudku, vypovězení cizince, zákaz pobytu a prikázání do donucovací pracovny. I přes jeho krátkou účinnost bylo na základě tohoto zákona v Československu odsouzeno téměř 27000 osob.⁶

Komunisté tedy měli vyhlédnuté své oběti, měli připraveny metody, jak z nich dostat jakékoliv přiznání a procesně předstírat, že je vše v pořádku a měli i nástroj, podle kterého obžalované soudit. U procesů potřebovali, aby vzbuzovali zdání legality a zákonného postupu před širokou veřejností. Bylo tedy potřeba vypracovat obžalobu takovou, aby se trest ukládal dle nového zákona. Tehdejší ministr spravedlnosti Alexej Čepička a jeho náměstek Karel Klos dokonce v tomto duchu nepřímou na poradách udíleli instrukce pracovníkům Státní prokuratury. V zápisu z porady na ministerstvu spravedlnosti ze dne 30.1.1949 se můžeme dočíst: „Dr. Klos upozornil, že v řízení před Státním soudem je třeba využívat možnosti nového zákona na ochranu lidově demokratické republiky.“⁷ Můžeme se tedy domnívat, že takto komunisté požadovali po Státní prokuratuře, aby se vypořádala s problémem retroaktivity zákona na ochranu lidově demokratické republiky.

Dle obecné právní teorie základní pravidlo pro časovou působnost trestních zákonů je, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona

⁵Vorel, J – Šimánková, A. a kol.: Československá justice v letech 1948-1953. Díl I. Sešity Úřadu dokumentace a vyšetřování zločinů komunismu. č. 8. Praha: Úřad dokumentace a vyšetřování zločinů komunismu PČR, 2003, s. 132.

⁶Gebauer, F. a kol.: Soudní perzekuce politické povahy v Československu 1948-1989. Statistický přehled. Sešity Ústavu pro soudobé dějiny AV ČR. Svazek 12. Praha: Ústav pro soudobé dějiny AV ČR, 1993, s. 115.

⁷Národní archiv Praha, fond 100/52 Alexej Čepička, karton 17, arch. j. 114, Zápis z porady ministerstva spravedlnosti ze dne 30.1.1949.

účinného v době, kdy byl čin spáchán. Z tohoto pravidla platí výjimka, dávající přednost novému zákonu, jestliže je pro pachatele příznivější, což rozhodně nebyl případ nových trestních předpisů. Takto o časové působnosti trestních zákonů mluvila již prvorepubliková právní věda, i učebnice z období komunismu.⁸

Pro obžalobu tedy bylo klíčové posoudit trestný čin podle doby jednání tak, aby byl posuzován již podle nových trestních předpisů. Zde komunisté využili teorie o pokračování v trestném činu, o trestných činech trvajících a hromadných. Ty totiž podle teorie tvoří jediný skutek. Dobou činu není doba jejich dokonání, nýbrž doba ukončení trestného činu. To znamená, že u pokračování v trestném činu je to poslední jednání, respektive poslední dílčí účinek (následek), který tvoří s předchozími jednotu. To stejné platí u trestných činů hromadných. U trestných činů trvajících je dobou činu moment ukončení protiprávního stavu. Pokračování v trestném činu, trestné činy trvající a hromadné se proto posuzují podle přísnějšího zákona účinného v době ukončení trestného činu i tehdy, když část skutku, třeba převážná, spadá do doby účinnosti starého trestního zákona, pro pachatele příznivějšího.⁹

Podívejme se nyní na příklady některých velkých procesů, kde můžeme ze znění obžaloby i rozsudku vypožorovat, jak byly účelně konstruovány. V rozsudku monstrprocesu s Miladou Horákovou a spol. se praví, že „[obžalovaní] jsou vinni, že v době od jara roku 1948 až do svého zatčení v Praze a na jiných místech na území republiky i mimo ně...“¹⁰ Následuje popis trestné činnosti obžalovaných, která je chápána jednak jako pokus o zničení samostatnosti republiky, dále se tu objevuje popis skutkových podstat páchaných obžalovanými (vlastizrada, vyzvědačství). A jsou vinni, že spáchali zločiny velezrady a vyzvědačství podle zákona č. 231/48 Sb.

V dalším monstrprocesu proti „vatikánským agentům v Československu“, kde byli souzeni představitelé církve (biskup Zela a společníci) se v rozsudku podobně praví, že „[obžalovaní] jsou vinni, že všichni jednak v Praze, jednak v Olomouci a jinde od osvobození v roce 1945 spolčili se postupně jednak navzájem, jednak s dalšími pachateli k pokusu o zničení lidově demokratického zřízení, hospodářské a společenské soustavy

⁸Např. Miříčka, A.: Trestní právo hmotné. Část všeobecná, Praha: Spolek českých právníků „Všeohrd“, 1923, s. 19 nebo Filipovský, J., Tolar, J., Dolenský, A.: O obecné části trestního zákona, Praha: Orbis, 1951, s. 44.

⁹ Novotný, O.: Trestní právo hmotné I, Obecná část, Praha: Codex, 1997, s. 36.

¹⁰Proces s vedením záškodnického spiknutí proti republice. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1950, s. 272.

republik, zaručených ústavou...“¹¹ Opět jsou pak obžalováni mimo jiné vinni, že se tímto dopustili zločinů velezrady a vyzvědačství podle zákona č. 231/48 Sb.

Na těchto příkladech můžeme vidět, že komunisté tedy hodnotili trestné činy vlastizrady a vyzvědačství jako pokračování v trestné činnosti. I když údajná trestná činnost obžalovaných měla začít ještě před účinností zákona č. 231/48 Sb., všichni byli odsouzeni podle tohoto zákona. Komunisté si na zatčení odpůrců počkali, až nabyl zákon na ochranu lidově demokratické republiky účinnosti a pak je začali zatýkat. Mnozí však byli sledováni a proces s nimi se začal plánovat o mnoho měsíců dříve.

Na závěr tedy lze konstatovat, že obžaloba i rozsudek byli v politických procesech konstruovány tak, aby umožnili obžalované soudit podle nových trestněprávních předpisů a nebyl tu na překážku princip zákazu retroaktivity. To, že se obžalovaní k těmto skutkům sami doznávali, je již jiná kapitola a souvisí s průběhem vyšetřování a nezákonných metod ze strany bezpečnostních orgánů. Z uvedených příkladů velkých procesů lze vyvozovat obecný závěr a tom, že trestná činnost obžalovaných ve velkých monstrprocesech byla chápána jako pokračující a skončila až dnem jejich zatčení. Pak tedy byli souzeni již podle zákonů účinných v době jejich zatčení.

Literature:

- Filipovský, J., Tolar, J., Dolenský, A.: O obecné části trestního zákona, Praha: Orbis, 1951.
- Gebauer, F. a kol.: Soudní perzekuce politické povahy v Československu 1948-1989. Statistický přehled. Sešity Ústavu pro soudobě dějiny AV ČR. Svazek 12. Praha: Ústav pro soudobě dějiny AV ČR, 1993.
- Kaplan, K.: Československo v letech 1948-1953. 2. část. Zakladatelské období komunistického režimu. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1991.
- Miříčka, A.: Trestní právo hmotné. Část všeobecná, Praha: Spolek českých právníků „Všehrd“, 1923.

¹¹Proces proti vatikánským agentům v Československu. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1950, s. 178.

- Národní archiv Praha, fond 100/52 Alexej Čepička.
- Novotný, O.: Trestní právo hmotné I, Obecná část, Praha: Codex, 1997.
- Pernes, J. – Foitzik, J. (eds.): Politické procesy v Československu po roce 1945 a „Případ Slánský“: sborník příspěvků ze stejnojmenné konference pořádané ve dnech 14-16. dubna 2003 v Praze. Brno: Prius, 2005.
- Proces proti vatikánským agentům v Československu. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1950.
- Proces s vedením záškodnického spiknutí proti republice. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1950.
- Vorel, J – Šimánková, A. a kol.: Československá justice v letech 1948-1953. Díl I. Sešity Úřadu dokumentace a vyšetřování zločinů komunismu. č. 8. Praha: Úřad dokumentace a vyšetřování zločinů komunismu PČR, 2003.

Contact – email

m.skerle@seznam.cz

Seznam recenzentů:

JUDr. Jana Dudová Ph.D.
Prof. JUDr. Jaroslav Fenyk Ph.D., DSc.
prof. JUDr. Josef Fiala CSc.
Prof. JUDr. Jan Filip CSc.
JUDr. Marek Fryšták Ph.D.
doc. JUDr. Zdeňka Gregorová CSc.
Doc. JUDr. Petr Havlan CSc.
prof. JUDr. Jan Hurdík DrSc.
JUDr. Ilona Jančářová Ph.D.
JUDr. Jana Jurníková Ph.D.
JUDr. Stanislav Kadečka Ph.D.
doc. JUDr. Věra Kalvodová Dr.
JUDr. Alena Kliková Ph.D.
JUDr. Petr Kolman Ph.D.
JUDr. Jana Komendová Ph.D.
doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.
JUDr. Pavel Koukal Ph.D.
doc. JUDr. Zdeňka Králíčková Ph.D.
Doc.JUDr. Jiří Kroupa CSc.
JUDr. Filip Křepelka Ph.D.
doc. JUDr. Josef Kuchta CSc.
Doc.PhDr. Tatiana Machalová, CSc.
prof. JUDr. Karel Marek CSc.
JUDr. Pavel Molek, Ph.D., LL.M.
JUDr. Petr Mrkývka Ph.D.
Mgr. Kateřina Novotná LL.M.
JUDr. Dana Ondřejová Ph.D.
doc. JUDr. Ing. Milan Pekárek CSc.
prof. JUDr. Jarmila Pokorná CSc.
JUDr. Radim Polčák Ph.D.
Doc. JUDr. Ivana Průchová CSc.
JUDr. Ing. Michal Radvan Ph.D.
JUDr. Kateřina Ronovská Ph.D.
Prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová CSc.
JUDr. Pavel Salák Ph.D.
JUDr. Stanislav Sedláček Ph.D.
JUDr. David Sehnálek Ph.D.
JUDr. Markéta Selucká Ph.D.
Doc. JUDr. Soňa Skulová Ph.D.
doc. JUDr. Jaruška Stavínohová CSc.
JUDr. Ing. Josef Šilhán Ph.D.
doc. JUDr. Vojtěch Šimiček, Ph.D.
JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D.
JUDr. Dana Šramková Ph.D.
JUDr. Bc. Jaromír Tauchen Ph.D., LL.M.
JUDr. Jana Tkáčiková Ph.D.
Ing. Eva Tomášková Ph.D.
prof. JUDr. Vladimír Týč CSc.
JUDr. Jiří Valdhans Ph.D.
prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa CSc.
JUDr. Renata Veselá Ph.D.
Prof. JUDr. Ladislav Vojáček CSc.
JUDr. Eva Žatecká Ph.D.

Vědecká redakce MU:

prof. RNDr. Jana Musilová, CSc., Mgr. Iva Zlatušková,
prof. RNDr. Zuzana Došlá, DSc., Mgr. Michaela Hanousková,
doc. PhDr. Jana Chamonikolasová, Ph.D., doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.,
Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D., doc. PhDr. Růžena Lukášová, CSc.,
prof. PhDr. Petr Macek, CSc., Mgr. Petra Polčáková,
doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D., prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.,
prof. PhDr. Marie Vítková, CSc., Mgr. Martin Zvonař, Ph.D.,
PhDr. Alena Mizerová

Cofola 2011

The Conference Proceedings

Eds:

JUDr. Eva Eva Žatecká, Ph.D.

Mgr. Lucia Kováčová

Mgr. Jan Horecký

Mgr. Vojtěch Omáčka

Vydala Masarykova univerzita roku 2011

Spisy Právnické fakulty MU č. 390 (řada teoretická)

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

Zhotovitel: Tribun EU s.r.o., Cejl 32, Brno

1. vydání, 2011

ISBN 978-80-210-5582-7